

sous la direction du
Professeur J. M. Mousseron

14

Daniel OHL

les prêts et avances
entre sociétés
d'un même groupe

*Diss.
Montpellier
1980*

préface de
Michel CABRILLAC



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548323_0009

Daniel OHL

Docteur en Droit
Lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier
Avocat au barreau de Strasbourg

les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe

préface de

Michel CABRILLAC

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
et des sciences économiques

*Ouvrage couronné par le Prix de Thèse 1980
de la Faculté de Droit de Montpellier et honoré
d'une subvention du Ministère des Universités*

LIBRAIRIES TECHNIQUES

Libraire de la Cour de Cassation
27, place Dauphine - 75001 Paris

1982

A la mémoire de Monsieur Henri LENTZ

PRÉFACE

De la cohésion du clan naquit jadis le prêt d'argent conçu comme une manifestation d'assistance dont la rémunération ne pouvait prendre que la voie d'une éventuelle réciprocité. Par un de ces paradoxes que réserve parfois l'histoire des institutions, le prêt a retrouvé sa physionomie antique au sein de la structure pourtant la plus significative du capitalisme moderne : celle des groupes de sociétés. Le paradoxe ne doit point étonner ; comme la cohésion du clan, la cohérence du groupe a besoin d'un prêt dont la rémunération, du moins directe, ne soit pas la finalité. Ce vieux contrat dans sa pureté originelle apparaît, en effet, comme la seule technique qui puisse, d'une façon générale, assurer la circulation des capitaux entre les sociétés apparentées, combler les besoins des unes avec les disponibilités des autres en dépit des cloisons élevées par la personnalité morale de chacune. Ainsi, qu'ils se présentent sous une forme élémentaire ou sous la forme plus élaborée d'avances en compte courant, les prêts entre sociétés membres constituent un aspect majeur de la vie du groupe, qui accède par ce moyen à la globalité souhaitable de la trésorerie. Un aspect pourtant négligé par l'abondante littérature qu'a fait fleurir le phénomène de concentration, sans doute trop absorbée par la recherche de cette réalité protéiforme qu'est le groupe. Rendons grâce à M. Daniel OHL d'avoir réparé cette négligence et, surtout, de l'avoir fait avec un brio qui n'exclut pas la profondeur et le sérieux, un sérieux qui n'exclut pas une certaine et roborative irrévérence à l'égard des idées reçues.

C'est une double quête qu'il a poursuivie, autour de laquelle s'ordonne son ouvrage, puisqu'il explore les possibilités de faire du prêt le support des mouvements de fonds à l'intérieur du groupe et s'interroge ensuite sur la protection des intérêts que ces mouvements peuvent éventuellement menacer.

Constatation surprenante, les entraves à l'aide financière entre les membres du groupe ne résultent pas tellement de la réglementation de la banque et du crédit, si stricte qu'elle paraisse, que du droit des sociétés. La première a su intégrer avec une souplesse pragmatique la pratique du groupe. L'un de ses grands prêtres, la Commission de contrôle des banques, a admis que le fait par une société de recevoir des fonds d'une société apparentée ne portait pas atteinte au monopole bancaire. La qualification de fonds reçus du public est écartée soit au profit des sociétés liées par un rapport de filiation, soit au profit des sociétés "unies dans leur patrimoine et leur activité", formule d'une admirable plasticité dont M. OHL esquisse une exégèse

séduisante. L'obstacle du monopole bancaire levé, il ne reste plus aux sociétés bailleresse de fonds qu'à se plier à la formalité – désagréable, reconnaissons-le – de l'enregistrement à titre accessoire comme établissement financier ou à celle, moins contraignante, de la déclaration d'activité.

Le droit des sociétés se révèle moins réceptif, qui assigne à l'utilisation du prêt des zones d'interdiction. Qu'il réapparaisse dans sa pureté originelle y est handicap plus que vertu. Ainsi, l'assistance financière interne peut se heurter à la prohibition du prêt désintéressé, fille de la vocation légale de la société commerciale au profit ; mais l'écueil n'est pas dirimant dès lors que l'on reconnaît que la gratuité ou la quasi-gratuité, fruit de conditions plus avantageuses que celles du marché, ne coïncide pas nécessairement avec le désintéressement. Autres prohibitions : celle du prêt étranger à l'objet social ; mais ce dernier peut être assez aisément modelé pour la rendre théorique ; celle du prêt à l'associé d'une s.a.r.l., la plus gênante peut-être. Les limites de ces zones interdites sont passablement incertaines et l'interprétation jurisprudentielle, à laquelle l'auteur suggère des pistes intéressantes, pourrait les contracter sensiblement. Sans même escompter cette hypothétique sollicitude pour les besoins du groupe, le secteur libre laissé au prêt est suffisamment vaste pour lui permettre de tenir le rôle de véhicule des capitaux entre ses membres. Encore faut-il que le véhicule ne chemine pas trop lentement et c'est, en définitive, cet impératif d'efficacité que contrarie le plus fâcheusement le droit des sociétés. Ainsi le veut la règle, filet aux mailles resserrées, auquel bien peu de prêts échappent, selon laquelle doivent être soumises à autorisation les conventions conclues entre une société et ses dirigeants ou les personnes morales qu'ils animent.

Du moins, la règle facilite-t-elle le contrôle des associés dits externes ou des créanciers sociaux que les déplacements de capitaux peuvent léser. Ont-ils des armes adéquates pour préserver leurs intérêts ? La panoplie en est soigneusement inventoriée et soupesée par M. OHL. Pour les premiers, c'est l'abus de majorité et, plus efficace à ses yeux, l'abus de biens sociaux. Pour les seconds, c'est l'extension de la procédure collective de la filiale à la société-mère sur la base de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 ; c'est aussi la confusion des patrimoines justifiant une masse unique ; mais n'est-il pas trop tard et, par ailleurs, l'effet dissuasif de l'arme n'est-il pas émoussé ? Avec un certain optimisme, que sa force de conviction ne nous fait pas totalement partager, l'auteur estime la panoplie suffisante.

Ce jugement s'intègre dans une conclusion générale : une intervention législative sur le régime des prêts entre sociétés liées serait inutile et, de surcroît, pourrait être inopportune si elle édictait une réglementation plus contraignante que l'actuel droit positif. Voici qui ne manque ni de saveur, ni d'audace, puisqu'est ainsi provoquée l'opinion publique juridique, tout entière acquise à la nécessité d'une législation sur les groupes qui embrasserait tous les aspects de leur fonctionnement.

La thèse majeure de cet ouvrage ne recueillera probablement pas l'adhésion unanime de ses lecteurs ; d'autant plus difficile à obtenir, d'ailleurs, qu'elle a "beaucoup d'appelés", pas seulement ceux auxquels s'adresse l'invitation à la réflexion qu'elle lance, mais encore les hommes de terrain confrontés aux problèmes posés par la trésorerie du groupe qui y trouveront un exposé concret et précis de leurs données et de leurs solutions. En revanche, il n'est pas douteux que l'unanimité reconnaîtra au livre de M. OHL d'éminentes qualités parmi lesquelles celui qui a le plaisir de le préfacer sélectionnerait volontiers l'élégante simplicité du plan, l'étendue de la documentation, la rigueur et la subtilité des analyses. L'unanimité reconnaîtra plus sûrement encore, tant il est vrai que la lumière est un progrès qui ne se discute pas, qu'une tache d'ombre dans le droit des groupes de sociétés est désormais résorbée.

Michel CABRILLAC

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Montpellier*

INTRODUCTION

1. — Il peut paraître paradoxal d'affirmer que la constitution d'un groupe de société répond d'abord et avant tout à un souci d'économie. Pourtant, la proposition se vérifie aisément : il est clair que ses fondateurs entendent acquérir une puissance économique supérieure en tirant le meilleur profit de leurs capitaux. Chacun sait, en effet, qu'il est inutile de posséder tout le capital d'une société pour s'en rendre maître. Le même capital pourra donc servir à conquérir le pouvoir dans de nombreuses sociétés (1). La création de filiales permet une démultiplication du pouvoir que contient en germe le capital (2). Mais, cet avantage propre de la croissance « externe » qui semble la tradition française (3) est le pendant d'une contrainte grave : en raison de l'autonomie patrimoniale des sociétés de groupe, il devient impossible de faire circuler aussi librement les fonds entre elles qu'entre les différentes divisions d'une seule et même entreprise. En ce sens, le droit introduit une coupure entre le pouvoir et la « finance » : contrôler une société n'implique pas en effet le droit de disposer arbitrairement de ses ressources.

2. — Or, à l'heure où un esprit d'épargne souffle sur les affaires, à l'heure où l'économie s'oriente vers une croissance générale plus faible et le plein emploi des richesses, l'impossibilité pour les dirigeants du groupe d'utiliser souverainement tous les capitaux disponibles en son sein, rançon de leur plein emploi et d'économies d'échelle, constitue un lourd handicap. A cet égard, le cloisonnement patrimonial des filiales érige un obstacle d'autant plus grave que les groupes sont généralement implantés dans des secteurs exigeant de très coûteuses immobilisations et connaissent habituellement (4) une rotation des stocks sensiblement plus lente (5). C'est alors une question primordiale de se demander si l'avantage présenté par le modèle de croissance externe, la démultiplication du pouvoir par rapport au capital mis en œuvre,

(1) C. CHAMPAUD, « Le pouvoir de concentration de la société par actions », Sirey, 1962, p. 209 et s.

(2) L'accroissement de pouvoir peut même à la limite être obtenu sans bourse délier, par exemple dans le cas de participations circulaires (v. CHAMPAUD, op. cit., p. 216, n° 279) mais il repose alors sur un capital fictif.

(3) C. de GOURNAY, « Les groupes industriels et leurs filiales. La tradition française : un fruit de la croissance externe », *Le Monde*, 18 octobre 1977.

(4) Sauf dans le secteur de l'automobile.

(5) R. de VANNOISE, « Étude économique et financière de 18 groupes industriels français en 1972 », *Économie et Statistique*, mars 1977, n° 87, p. 11 et s.

ne peut être cumulé, au moins dans une certaine mesure et grâce à des techniques appropriées, avec l'intérêt principal offert par le modèle de croissance interne, à savoir la libre affectation des capitaux existant au sein de l'entreprise.

3. — Cette interrogation pose essentiellement trois difficultés, d'ailleurs d'importance inégale. Bien évidemment, la première, d'apparence redoutable, est de définir les groupes de sociétés auxquels s'applique cette étude. La deuxième sera d'isoler, parmi l'ensemble des procédés de financement utilisés dans les groupes, ceux, proposés par le droit positif, qui se prêtent le mieux à une politique de plein emploi de leurs capacités financières. Enfin et surtout, après avoir décrit ces techniques et montré leur spécificité en tant qu'opérations de groupe, le problème capital sera de vérifier si le droit français, dans son état actuel, est en mesure de faire face aux deux objectifs, d'ailleurs antinomiques (6) que l'on assigne habituellement à une législation des groupes de sociétés : assurer tout à la fois le bon fonctionnement du groupe en permettant, au cas particulier, la mise en œuvre d'une politique de plein emploi des capitaux, et l'indispensable protection des intérêts catégoriels, ceux des actionnaires minoritaires et des créanciers sociaux, auxquels une gestion au vu d'objectifs généraux est susceptible de nuire.

4. — I. Qu'est-ce qu'un groupe de sociétés ? *Omnis definitio periculosa est*, affirmait Justinien ; la tentative est ici d'autant plus ardue que différentes définitions coexistent entre lesquelles il paraît bien arbitraire d'opérer un choix. Certes, on a désormais coutume de voir, dans le groupe, un ensemble de sociétés mues et dirigées par un même centre de décision (7) et soumises à une commune autorité (8).

(6) V. not. J.P. BRILL, « La filiale commune », thèse Strasbourg 1975, dactyl. p. 266, n° 278.

(7) La détermination du « centre » est souvent délicate. Ainsi, a-t-on observé à propos du groupe Rothschild que « l'enchevêtrement des relations financières est tel, le réseau des liaisons personnelles est si complexe qu'il est impossible de désigner avec certitude le holding financier qui assure le contrôle général de l'activité du groupe... » (ouvr. coll. sous la direction de F. MORIN, « La banque et les groupes industriels à l'heure des nationalisations », Calmann-Lévy, 1977, p. 139). Adde : J. BOUCOURECHLIEV : « il y a souvent... une direction diffuse à l'intérieur du groupe, soit que les filiales contrôlent indirectement leur mère, ce qui rend difficile la localisation de la direction, soit que celle-ci soit divisée entre plusieurs sociétés du groupe avec des centres secondaires de décision... ». (« Faut-il réglementer les groupes de sociétés en France ? Résultats et perspectives d'une étude du CREDA », rapport sem. Liège, « Les groupes de sociétés », Liège, 1973, p. 74 et s.).

(8) Nous écartons d'emblée du champ de cette étude les groupes dits de coordination où il existe, certes, une direction unique mais qui ne se détermine qu'après concertation de toutes les sociétés participantes, placées sur un strict plan d'égalité. La situation de ces dernières reste donc assez proche de celle de sociétés restées indépendantes puisque l'unité d'action se réalise sur la base d'accords, non de moyens de domination (v. HOUIN, communication au Séminaire de Liège, 19-21 octobre 1972, in « Les groupes de sociétés », Liège - La Haye, 1973, p. 277 et s.). Or, l'absence d'un rapport permanent de forces n'implique aucun particularisme

Mais, la plus grande incertitude règne quant aux origines possibles du pouvoir de domination et de la relation de dépendance, caractéristiques d'un groupe de subordination (9). Sur le plan du droit positif, seules deux législations réglementent très complètement les groupes de sociétés, et notamment la question de leur définition : la loi allemande du 6 septembre 1965 dans sa partie traitant du « Konzernrecht » (10) et la loi brésilienne du 15 décembre 1976 (11). En France, et à l'échelon communautaire où le débat sur les groupes de sociétés semble relégué, il n'existe encore que propositions et projets (12). Dans ces conditions, il serait téméraire de se risquer à une

véritable des opérations effectuées. Pour cette raison d'ailleurs, les groupes de coordination sont « jetés aux oubliettes » (A. PETITPIERRE-SAUVAIN, « Droit des sociétés et groupes de sociétés », Genève, 1972, n° 14, p. 8) de tous les projets de réglementation.

(9) Certes, personne ne conteste que la détention de plus de la moitié des droits sociaux puisse entraîner la dépendance juridique de la société (c'est la définition de la filiale en droit français, art. 354, loi du 24 juillet 1966). Mais, les controverses commencent lorsque l'on entend descendre en-dessous de ce pourcentage ; par exemple : 10 % selon la loi fiscale française, art. 145-I du Code Général des Impôts ; 20 % selon les autorités bancaires françaises statuant sur l'interprétation de la réglementation des dépôts ; 25 % selon la proposition de loi française n° 1055 déposée par M. COUSTE...). Elles se poursuivent concernant les critères subsidiaires de détermination du lien de dépendance (possibilité par exemple, pour une société de désigner plus de la moitié des membres de l'organe de direction ou de surveillance d'une autre société, art. 16-1^o, loi allemande du 6 septembre 1965 ; faculté d'induire la dépendance de liens contractuels comme un contrat de sous-traitance ou de distribution exclusive, art. 6, proposition d'un statut de société anonyme européenne présentée par la commission au Conseil, 30 juin 1970, J.O.C.E. 10 octobre 1970).

(10) V. par exemple RASCH, « Deutsches Konzernrecht », 3^{ème} éd., Berlin, 1966.

(11) Loi n° 6404 du 15 décembre 1976 portant discipline des sociétés par actions. Cette loi reprend la distinction allemande des groupes de droit (v. son art. 265) et des groupes de fait, ces derniers définis (art. 243-2^o) par l'existence d'un pouvoir de contrôle d'une société sur une autre, c'est-à-dire la détention, directe, ou par l'entremise d'autres filiales de droits sociaux qui assurent à une société, dite dominante, de façon permanente, la prépondérance de vote dans les décisions sociales et le pouvoir d'élire la majorité des administrateurs. Cependant, la loi brésilienne ne reproduit pas la condition établie en son article 116 pour la reconnaissance du pouvoir de contrôle exercé par une personne physique (notion d'actionnaire dominant), à savoir le fait pour celle-ci d'user « effectivement de son pouvoir afin de diriger les activités sociales et orienter le fonctionnement de la compagnie ». Cf. F. KONDER COMPARATO, « Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions », RIDC 1978, 791.

(12) *En droit interne*, la proposition de loi de M. COUSTE, n° 1055 du 19 février 1970, à nouveau déposée le 2 avril 1973 (N° 52) est restée sans suite. (Cf. RODIERE, « La protection des minorités dans les groupes de sociétés », rev. soc. 1970, p. 243 ; GUYENOT, « Les groupes de sociétés : à propos d'une nouvelle proposition de loi », rev. Banque 1973, p. 911 et s. ; PAILLUSSEAU, « Faut-il, en France, un droit des groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », RTDco 1973, p. 813 ; COUSTE : « Vers un nouveau statut des groupes de sociétés », G.P. 27 mai 1975). *En droit communautaire*, cf. la proposition d'un statut des Sociétés Anonymes Européennes précitée : GLEICHMANN et CATHALA, « Le statut des S.A.E. selon la proposition de la commission des C.E. », rev. soc. 1972, p. 7 et s. ; cf. égal. proposition d'une 7^e directive du 4 mai 1976 sur la base de l'art. 54, paragr. 3, sous g), traité CEE concernant les comptes de groupe (Bull. C.A.C. 1976, p. 277 et s. ; Bull. C.E., Suppl. 9/76). Des discussions sont actuellement en cours sur l'avant-projet de directive portant harmonisation du droit des groupes de sociétés. (V. ce sujet, les critiques de M. RODIERE à l'encontre du document N° XI/328/74F, D.S. 11 mai 1977, chr. XVII).

définition générale et constante du lien de dépendance qui pourrait être démentie demain. Surtout la tentative d'enfermer le phénomène des groupes de sociétés dans sa diversité, en une définition abstraite, uniforme et devant valoir quelle que soit la branche de droit concernée, serait purement spéculative et gratuite si le groupe n'avait vocation à devenir, sinon sujet de droit, du moins objet d'une réglementation spécifique d'ensemble. Or, si généralement, il n'est pas question de « personnifier » le groupe en tant que tel, c'est très précisément l'opportunité d'un droit des groupes de sociétés qui est en cause. C'est elle qui pose un problème que l'on ne pourra trancher qu'au vu des résultats de la présente étude.

5. — Pourtant, il faut bien délimiter, dès à présent, le cadre de notre recherche, quitte à en préciser ou modifier les contours par la suite si besoin est. On admettra ainsi, à titre d'hypothèse de travail, qu'un groupe de subordination existe si, d'une façon très large, une société, d'une part, détient les moyens suffisants, quelle que soit leur origine, pour exercer un contrôle stable et assuré sur une autre, sans rencontrer d'opposition susceptible d'y faire échec, et d'autre part les exerce effectivement de façon à lui imprimer la direction économique qu'elle aura déterminée (13).

6. — II. Mais, si un pouvoir de domination existe dans les faits, celui-ci n'est pas directement source de « finance » pour son titulaire. Le détenteur du contrôle ne « possède » pas la société, ou plus exactement le patrimoine qui lui est affecté. Il ne peut donc considérer les actifs et les résultats sociaux comme son bien et son revenu personnels. Certes, on a décrit, par une image suggestive, le contrôle comme « le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire » (14). Mais, ce n'est là qu'une métaphore : le détenteur du pouvoir, le contrôlaire, ne peut purement et simplement prélever des sommes dans la caisse de certaines sociétés pour les affecter aux besoins des autres. Il lui est interdit de transformer un contrôle exercé sur des biens appartenant à une collectivité d'associés en une possession d'un bien personnel. A une fiction doit correspondre une autre fiction. C'est pourquoi, en raison de l'indépendance juridique des filiales, il sera nécessaire de recourir à l'écran du contrat. On se demandera alors quels contrats se prêtent le mieux à une fluide circulation des capitaux dans le groupe et à une adéquation optimale des excédents de certaines sociétés aux déficits des autres.

7. — A la vérité, d'assez nombreuses techniques peuvent être imaginées. D'abord, on pourra avoir recours à la souscription de capital qui se présente à la fois comme un moyen de financement et un procédé de concentration. Toutefois, en tant que procédé de financement, la

(13) Comp. art. 3, proposition de 7^e directive concernant les comptes de groupe, précit. ; art. 18-1^o, Akt. 6 sept. 1965 ; art. 4, proposition COUSTE.

(14) CHAMPAUD, op. cit., p. 161, n^o 184 bis.

souscription de parts ou actions présente un double inconvénient. En premier lieu, seules certaines sociétés du groupe pourront profiter de ce mode de financement. La loi du 4 mars 1943 a en effet interdit (article 8) certaines participations croisées entre sociétés par actions pour parer aux dangers de verrouillage de la direction des sociétés et d'irréalité du capital social (15).

Ce régime a été étendu par les articles 358 et 359 de la loi du 24 juillet 1966 (16) aux sociétés autres que par actions, dès lors qu'une société par actions y serait associée. Le premier texte vise les rapports entre deux sociétés par actions et dispose qu'une société dont le capital est détenu pour plus de 10 % par une autre société ne peut posséder aucune action de celle-ci. L'article 359 de la même loi régit, quant à lui, les rapports entre une société par actions et une société d'un autre type et donne la priorité à la première, la « grande société » : si celle-ci détient plus de 10 % du capital de celle-là, aucune participation réciproque n'est admise. Bien que le législateur, à l'heure actuelle, n'interdise pas toute participation croisée (17) ni celle présentant un caractère indirect, lorsque le circuit comprend au moins trois sociétés (18) ni même celle liant directement des sociétés dont aucune n'émet d'actions ou encore les participations réciproques au plan international (19), il reste encore que certaines sociétés du groupe ne pourront pas bénéficier de

(15) Si une société A. possède 33 % du capital d'une société B. qui détient à son tour 25 % de A., cette dernière possède virtuellement, par l'entremise de B. (et réellement en cas de liquidation de celle-ci) 33 % de 25 % de ses propres actions, soit 8,33 % alors que la société B. possède 25 % de 33 % de ses propres titres par l'interposition de A.

(16) Articles 249 et 251, décret 23 mars 1967.

(17) Il résulte des dispositions légales que le taux d'irréalité du capital admis est de l'ordre de 1 %.

(18) Lorsqu'une société A. participe au capital d'une société B. qui détient des titres d'une société C. et que cette dernière société contrôle la société A. ou participe à son capital, aucune réciprocité directe des participations n'existe entre A et B, B et C, A et C. Or, en vertu du principe d'interprétation stricte des textes prévoyant des dispositions pénales (l'article 482 de la loi de 1966 érige en délit à caractère intentionnel toute infraction à la prohibition et prévoit une peine d'amende de 2.000 à 40.000 F), il est admis que la réglementation des art. 358 et 359 ne concerne que les participations réciproques directes. Un projet de loi Barre a été déposé le 20 décembre 1980, qui tend à interdire la souscription, l'achat au même titre que la *prise en gage* de ses propres actions par une société, et ce que l'opération soit réalisée directement ou *par personne* (notamment, semble-t-il, une filiale) *interposée* (art. 11). Relevons également que ce projet prohibe l'aide financière apportée par une société à un tiers en vue d'acquérir ses actions (art. 16) et précise les conditions dans lesquelles une société faisant appel public à l'épargne, peut agir en bourse sur ses propres actions pour en régulariser les cours, en plaçant ces opérations sous le contrôle de la C.O.B. (art. 13 à 15). Ce projet est devenu la loi n° 81-1162 du 30.12.1981.

(19) Mais l'obstacle à l'application de l'article 358 est alors d'ordre procédural puisqu'il tient au système de signification. Si la société française est, en effet, tenue d'avertir la société étrangère qu'elle détient 10 % de ses propres actions, cette dernière n'est nullement obligée de lui répondre ou d'aliéner les actions de la société française qu'elle détient, si sa participation est inférieure. A l'inverse, la société étrangère n'est pas soumise par sa loi nationale à la signification prévue par la loi française ; de la sorte, la société française, en raison de ce défaut de notification, n'est pas obligée d'aliéner sa participation dans la société étrangère. Un tel inconvénient ne semble cependant pas exister, s'agissant de l'hypothèse régie par l'article 359 : la société française,

ce moyen de financement. Ainsi, par exemple, une société-mère sous la forme de S.A., ne pourrait en bénéficier si la souscription devait être faite par l'une de ses filiales.

8. — Par ailleurs, la souscription de capital cristallise la situation : une fois les fonds affectés en capital, il est nécessaire d'opérer une réduction de capital pour les débloquer. Cela est évidemment contraire à l'objectif de mobilité des capitaux dans le groupe et explique qu'en dépit de certains avantages (20), ce procédé sert plus l'objectif de concentration que celui de financement des unités du groupe. D'autre part, et c'est le second inconvénient propre à la souscription de capital conçue comme procédé de financement, il s'agit d'un mécanisme singulièrement lourd et formaliste, long et onéreux : il n'implique, en effet, rien moins que la convocation et la tenue d'une assemblée générale extraordinaire.

9. — Certes, il existe d'autres procédés qui ne présentent pas ces inconvénients. On pense notamment à ces multiples techniques en usage dans les groupes consistant à agir soit sur le moment, soit même sur le montant du règlement des dividendes, prestations commerciales ou rémunération de brevets, redevances d'assistance technique ou de recherche fondamentale, etc... (21). L'observation attentive du fonctionnement des groupes montre en effet que, dans certains cas où les sociétés sont directement en relations d'affaires, l'autorité dominante impose parfois à l'une d'elle, en position de cliente ou de licenciée par exemple, d'anticiper ses règlements afin d'alimenter le fonds de roulement de l'autre ou, à l'inverse, oblige le fournisseur ou le breveté à respecter des délais de règlement plus longs lorsque la trésorerie de l'autre partie est tendue (22). De même, un financement peut être obtenu par manipulation des prix de cession internes. Le groupe enjoint alors à l'une des sociétés de facturer à l'autre des biens ou services à un prix inférieur ou supérieur au prix courant ou « normal » selon qu'il s'agit de faciliter la

n'ayant pas la qualité de société par actions, ne peut en effet arguer du défaut de notification pour éluder son obligation de liquider tout ou partie, selon le cas, de sa participation dans la société étrangère.

(20) Selon M. JACQUEMIN (« Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration » in « les groupes de sociétés », 1973, op. cit., p. 38) : « le recours au marché des actions discipline les firmes et améliore leur rendement global » à l'inverse des ressources tirées de l'auto-financement qui ont une profitabilité inférieure, compte tenu bien entendu de leur cherté inférieure.

(21) Sur ces techniques, v. PASTRE, « Les financements inter-entreprises, aspects juridiques et fiscaux d'un circuit extra bancaire de crédit », thèse dactyl., Paris I, 1975 ; C. de GOURNAY, art. précit., *Le Monde*, 18 octobre 1977.

(22) Ce procédé discret de financement, connu sous le terme de *termaillage*, est surtout utilisé au plan international.

trésorerie de l'une ou l'autre des parties, de l'acheteur ou du vendeur, du licencié ou du breveté (23).

10. — Mais, ces procédés indirects de financement supposent tous l'établissement préalable, ou pour le moins concomitant, de relations d'un type autre que financier entre les parties. Sauf dans des hypothèses très particulières, le plus souvent frauduleuses (cession de brevets sans valeur ou de paquets d'actions artificiellement valorisées à chaque transaction ou encore vente de marchandises fictives par exemple), le financement accompagne des flux commerciaux réels. Or, dans les groupes importants, chaque société membre n'entretient pas nécessairement des relations d'affaires avec toutes les autres. En outre, les prix de transfert entraînent des inconvénients extrêmement graves (24). En effet, la manipulation des prix de cession internes fausse durablement la comptabilité analytique des sociétés du groupe car il est toujours indispensable « de manifester une certaine continuité dans l'arbitraire » (25) sous peine d'éveiller les soupçons des actionnaires minoritaires et du fisc. D'ailleurs, le fonctionnement de la société sur des bases aussi artificielles pendant une longue période peut même tromper les dirigeants du groupe eux-mêmes, particulièrement en cas de remplacement des équipes de financiers et de contrôleurs de gestion : il est en effet difficile de masquer la réalité aux autres sans finir après un certain temps par se mentir à soi-même.

11. — Mais, il est également une technique à laquelle on ne songerait peut-être pas de prime abord tant elle paraît simple par comparaison aux procédés sophistiqués — et pour tout dire, souvent détournés des fins qu'ils devaient normalement servir — tels que le fonctionnement des groupes les révèle parfois. Il s'agit des prêts et avances qui, avec les opérations de cautionnement (26), constituent pourtant les opérations de financement les plus fréquemment effectuées à l'intérieur d'un groupe de sociétés (27). On ne

(23) Certaines sociétés, dites « holdings de brevets », propriétaires de l'ensemble des droits immatériels qu'utilisent les sociétés groupées, peuvent contribuer au financement de celles-ci à un double titre : d'une part, en facturant aux sociétés utilisatrices des redevances à un montant inférieur à la valeur réelle du service fourni ; d'autre part, centralisant l'ensemble des redevances perçues, elles sont en mesure de répartir les capitaux ainsi collectés en prêts et avances à toutes les unités du groupe en ressentant le besoin.

(24) Cf. BROOKE et REMMERS, « La stratégie de l'entreprise multinationale », Sirey, 1973 ; C. de GOURNAY, cit.

(25) PASTRE, op. cit., p. 243.

(26) Sur ce point, v. spéc. H. HOVASSE, « La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale », thèse, dactyl., Rennes, 1974.

(27) En ce sens, not. PASTRE, op. cit., p. 238.

s'en étonnera pas outre mesure : les prêts (27 bis), mais surtout les avances en compte courant que se consentent les sociétés de groupe permettent en effet la plus parfaite adéquation des ressources aux besoins, et ce, à l'échelon du groupe tout entier. D'une part, le rapport de financement n'est nullement subordonné à un flux de biens et services préalable ou concomitant, si bien qu'en théorie, deux sociétés qui n'entretiennent aucun rapport commercial ou financier direct pourront se financer réciproquement. D'autre part, et c'est là sans doute le trait distinctif le plus remarquable par rapport à un prêt ordinaire, la perspective d'une rémunération apparaît nettement secondaire. D'une façon générale, il n'est pas question dans un groupe de freiner la mobilité des capitaux en exigeant un taux d'intérêt élevé. Aussi, les concours financiers sont-ils parfois gratuits. Presque toujours, les taux en usage sont des taux préférentiels (28) par rapport à ceux du marché quand ils ne sont pas inférieurs aux taux de base bancaires. D'ailleurs, dans certains groupes de grande dimension, il existe même une politique propre des taux d'intérêt, spécialement pour les opérations à court terme et au jour le jour. Un taux uniforme est alors fixé qui sera valable à un moment donné, quelle que soit la société bénéficiaire de l'opération (29). En outre, alors qu'en règle générale l'intérêt est dû sur toutes sommes prêtées, sous réserve toutefois en cas d'autorisation de découvert qu'elles aient été effectivement utilisées, et ce que le programme d'investissement réalisé grâce à elles soit rentable ou non, il en va très différemment dans les groupes. Diverses combinaisons sont imaginées qui permettent d'agir sur le taux d'intérêt et sur son assiette. Parfois même, le caractère indicatif du taux apparaît clairement. Ainsi, les parties s'accordent-elles par exemple pour majorer l'intérêt initialement stipulé soit

(27 bis) Sur les prêts participatifs et les raisons de leur probable développement au sein des groupes, v. infra, n° 384 bis. Le produit de tels prêts est assimilé «au regard de la situation financière des entreprises», bénéficiaires à des **fonds propres** (art. 25-2, loi n° 78-791 du 13.07.1978, J.O. 14.07.1978 ; D. 1978, L. 311). Tout comme la souscription en capital, mais sans présenter les mêmes inconvénients, le mécanisme des prêts participatifs accroît la capacité d'endettement de la société bénéficiaire en augmentant sa «surface». Le problème se pose cependant de savoir si cette assimilation à des fonds propres peut être d'une portée juridique plus large, par exemple pour déterminer si la société a perdu la moitié de son capital (art. 68, al. 1 pour les SARL et 241, al. 1 pour les S.A., loi du 24 juillet 1966, mod. par la loi 81-1162 du 30.12.1981). Pour la solution négative, v. F. Lefebvre, *Memento des soc. commerciales*, 1981-82, p. 790, n° 3277.

(28) A l'avantage de taux, il faut ajouter l'absence, dans les groupes, de l'usage dit des «jours de banque» (par lequel les comptes des clients sont débités plusieurs jours avant présentation des effets ou des chèques et crédités plusieurs jours après leur remise à l'encaissement) et de celui des intérêts précomptés.

(29) La situation est quelque peu différente pour les opérations à moyen et long terme dont la rémunération tient compte des risques propres et de la rentabilité espérée des investissements financés. Pourtant, dans certains groupes, un taux unique annuel est élaboré qui s'applique, en principe, à toutes les opérations à long terme. (Cf. la clause extraite d'un contrat de prêt à long terme conclu dans le groupe Rhône-Poulenc : «le prêt portera intérêt au taux annuel des avances à long terme entre sociétés du groupe, les intérêts étant payables trimestriellement et à terme échu. Pour l'exercice 1978, le taux a été fixé à ... % l'an»).

rétroactivement soit par versement d'un intérêt supplémentaire, en cas de dépassement du montant des profits réalisés par la société créditée par rapport à ceux qui avaient été prévus. A l'inverse, l'intérêt primitif pourra être minoré dans le cas contraire d'une rentabilité réelle moins forte, soit par reversement soit par remise de dette opérés par la société créditrice. De la même manière, il est assez rare que les prêts et avances inter-groupe soient assortis de garanties et de sûretés. Lorsqu'une société-mère prête des fonds à une filiale qu'elle domine étroitement, il est inutile d'affaiblir le crédit de celle-ci et de gêner son expansion en immobilisant certains de ses actifs pendant toute la durée de l'opération : le créancier est, en effet, à même de surveiller le maintien dans l'entreprise créditée des éléments essentiels de sa solvabilité (29 bis). Inversement, si le crédit est consenti par une filiale à sa société-mère, on ne voit guère comment la première pourrait exiger des garanties de la dernière. Le caractère peu contraignant de cette technique de financement apparaît enfin à travers la variabilité des termes de remboursement. Sans doute, le prêt inter-groupe pourra-t-il être remboursé de la façon la plus banale qui soit, au terme convenu, à supposer qu'il ait été stipulé. Cependant, il est fréquent que la restitution soit effectuée prématurément ou différée, selon que la rentabilité des investissements est plus rapide que prévue ou que le besoin de financement s'avère persistant. Parfois, aucun terme n'est fixé ou il l'est de manière assez lâche, par exemple au dénouement de l'opération financée.

12. — Ces particularités qui distinguent manifestement le prêt inter-groupe d'un prêt ordinaire, ne sont pas sans les rapprocher des prêts entre entreprises commercialement liées (30), avec lesquels on serait tenté de les confondre pour en nier le particularisme. Ces derniers, particulièrement fréquents dans le secteur de la distribution intégrée, sont en effet aussi consentis à des taux de faveur, voire gratuitement. De même, les modalités de remboursement sont souvent telles qu'elles masquent mal une appropriation définitive des fonds prêtés par le crédité. Certes, il est parfois prévu que le prêt sera remboursé par compensation avec les sommes dues par le fournisseur au détaillant (par exemple, des ristournes ou remises sur commande) ou par voie de majoration du prix de vente des marchandises,

(29 bis) La société dominante se trouve en quelque sorte dans la même situation que si elle bénéficiait d'une « sûreté négative » (sur cette notion, v. Y. CHAPUT, les sûretés négatives, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1974, 167) par l'effet de laquelle l'emprunteur s'oblige à ne prendre aucun engagement nouveau trop important, à ne pas consentir de garanties supplémentaires, à informer périodiquement le prêteur de sa gestion ou à ne pas aliéner certains éléments de son actif.

(30) Sur les prêts inter-entreprises, cf. l'étude exhaustive de M. G. PASTRE, « Les financements inter-entreprises, aspects juridiques et fiscaux d'un circuit extra-bancaire de crédit », thèse dactyl., Paris I, 1975, spéc., p. 59 et s., v. égal. : concl. de la commission des finances du CNPF sur le crédit inter-entreprises, 9 octobre 1978 ; H. GRESH, « du nouveau à propos du crédit inter-entreprises », *Banque*, novembre 1978, p. 1249 et s.

objets du contrat, jusqu'à l'amortissement du prêt. Mais, certains contrats se contentent d'énoncer que le crédit «est remboursable par l'exécution complète et sans discontinuité de toutes les clauses du contrat en sorte que chaque fois qu'il sera réglé un (hectolitre de carburant), le montant du prêt consenti se trouvera remboursé de la somme de » (31). La libéralité peut même ne pas être camouflée et apparaître, par exemple, sous la forme d'une condition résolutoire : la violation du contrat par le détaillant entraînera l'obligation pour lui de rembourser les fonds qu'il a reçus, transformant ainsi l'opération en prêt. Elle pourra également apparaître sous la forme d'une condition suspensive : la qualification originaire est alors un prêt, mais si la condition, c'est-à-dire la correcte exécution du contrat par le détaillant s'accomplit, le fournisseur consentira une remise de dette.

13. — Cependant, prêts inter-groupe et prêts inter-entreprises ne peuvent être confondus. Les derniers sont nécessairement liés à des relations commerciales, actuelles ou futures, qu'ils viennent appuyer. Ils s'analysent en des « primes », « des instruments de promotion des ventes » (32). « L'opération de financement n'a pas d'existence juridique autonome : elle forme un élément non dissociable de la vente ou de la prestation de services » (33). L'engagement d'exclusivité et l'aide financière se servent mutuellement de cause (34). Cela est si vrai que la contrepartie du prêt n'est pas un intérêt sous sa forme financière mais l'enchaînement sur plusieurs années du détaillant. Plusieurs autres éléments démontrent à l'évidence le rapport entre le prêt et le contrat principal : outre les modalités de remboursement déjà décrites, il en est ainsi de la coïncidence, en pratique, de la durée du prêt et de l'obligation d'approvisionnement exclusif, de même que la possibilité pour le fournisseur d'exiger la restitution immédiate des fonds avancés en cas de premier manquement du distributeur, ou encore celle d'exiger en pareil cas un intérêt, rétroactivement.

14. — Or, il faut le répéter, les prêts inter-groupe ne supposent nullement un rapport commercial fondamental. Ils ne sont pas mis au service de la politique commerciale de la société prêteuse. Ils apparaissent comme les instruments d'une politique financière de groupe. C'est là leur profonde spécificité. Bien souvent, dans les grands groupes, ils ne sont plus l'expression de véritables opérations de crédit. Plus exactement, en se servant des prêts et avances effectués entre les sociétés membres, ces groupes visent une finalité plus lointaine : la libre circulation des capitaux en leur sein. Ils cherchent, grâce aux opérations de crédit les plus classiques, à dépasser leur « condition juridique » d'agrégat de sociétés, néanmoins séparées par le mur de leur

(31) Exemple cité par G. PASTRE, op. cit., p. 198.

(32) Ibid., p. 61.

(33) Ibid., p. 63.

(34) GUYENOT, note sous com. 28 octobre 1969, JCP 1970, 16435.

personnalité distincte et le cloisonnement de leurs patrimoines. Ainsi s'expliquent les modalités si curieuses de prime abord qui caractérisent ces opérations de prêts et avances opérés à l'intérieur d'un groupe de même que l'engouement de ses dirigeants pour une technique si souple et si adaptable aux circonstances particulières du groupe : ayant abdiqué une totale liberté dans la circulation des fonds, qu'elle aurait pu trouver dans la fusion et la formation d'une entreprise unique multidivisionnelle, la direction du groupe tente de pallier cet inconvénient en recourant aux instruments contractuels de prêts et avances. L'idée est si vraie que de telles opérations sont d'autant plus nombreuses et importantes que le groupe, par ses structures et ses activités, se rapproche d'une entreprise unique.

15. — De fait, la fréquence des prêts et avances est très directement fonction de la centralisation des décisions dans le groupe (35). On sait qu'en pratique de nombreuses filiales conservent une assez large autonomie, la société dominante se contentant alors de déterminer les objectifs qu'elles doivent poursuivre. En réalité, elle « n'exercera son pouvoir que si l'objet du pouvoir s'écarte de la ligne d'action tracée » (36) par elle. Les sociétés de groupe conservent une grande initiative dans la gestion et le placement de leurs fonds ; les financements entre sociétés groupées seront relativement peu fréquents (37). Au contraire, dans les groupes fortement centralisés, la société-mère ou la holding collectera systématiquement les trésoreries des sociétés membres pour les gérer de la façon la plus rentable et les affecter au mieux entre les unités du groupe.

En pratique, d'ailleurs, s'il existe une fonction habituellement centralisée dans le groupe, c'est la fonction de financement des filiales. Dans la mesure du possible, on veut en effet éviter que certaines filiales, dont la croissance est rapide et la trésorerie tendue (ou encore la capacité d'endettement trop faible) ne soient obligées d'emprunter sur le marché bancaire à des taux très élevés (38) alors que, dans le même temps, d'autres sociétés du groupe disposent de liquidités abondantes ou de créances mobilisables dans de bonnes conditions. La centralisation des trésoreries et des données caractéristiques de la situation financière des filiales peut même constituer le

(35) Comme le remarque M. PASTRE, *op. cit.*, p. 234 : « la structure organisationnelle du groupe ne coïncide pas forcément avec sa structure juridique ; si l'examen de l'importance des participations détenues permet de déterminer à qui appartient théoriquement le pouvoir de décision, il ne permet pas de connaître les titulaires effectifs de ce pouvoir : le transfert décisionnel peut, en effet, n'être que partiel ou même inexistant ».

(36) CHEVALIER, « La structure financière de l'industrie américaine et le problème du contrôle dans les grandes sociétés américaines », Paris, 1970, p. 27.

(37) PASTRE, *op. cit.*, p. 235.

(38) Ces taux, comme l'a montré F. RENARD, « le rapport Mayoux sur la décentralisation bancaire », *Le Monde*, 10 avril 1979, p. 20, peuvent même dans les faits dépasser le taux usuraire en raison, notamment, de la commission du plus fort découvert (même plafonnée à la moitié des intérêts débiteurs).

seul moyen de surmonter une crise sans aliéner son indépendance. Les dirigeants du groupe OLIVETTI en firent l'amère expérience en 1965, qui se virent obligés d'ouvrir le groupe à la famille AGNELLI en raison d'une crise financière aiguë. Faute de centralisation des trésoreries, ils ignoraient que leur filiale espagnole disposait d'assez de liquidités pour leur permettre de traverser cette phase difficile (39).

On s'aperçoit ainsi qu'à travers ce premier objectif d'assurer le plein emploi des capitaux dans le groupe par la rentabilité de tous les moyens de financement qui s'y trouvent disponibles, un second peut aussi être satisfait : un certain affranchissement vis-à-vis des servitudes inhérentes au recours à des bailleurs de fonds « externes ». Cette volonté d'émancipation, en particulier vis-à-vis des circuits bancaires traditionnels, est surtout très nettement affirmée dans les groupes réalisant une intégration économique.

16. — En effet, la fréquence des prêts et avances effectués entre sociétés de groupe est non seulement fonction du degré de centralisation des décisions mais aussi de l'intégration économique réalisée par le groupe. Lorsque la stratégie du groupe consiste à s'intéresser au plus grand nombre d'activités en vue d'obtenir le profit global le plus élevé possible tout en minimisant les risques, les sociétés qui en sont membres interviennent naturellement dans les secteurs les plus divers. Formant un groupe financier dont l'objectif est moins la concentration du capital productif que du capital argent (40), les sociétés qui en sont membres conservent une large autonomie. Elles ne sont momentanément assemblées que pour des raisons d'opportunité financière (41). Leurs activités, en tout cas, ne sont nullement en harmonie les unes avec les autres mais largement indépendantes. Bien au contraire, une interdépendance de celles-ci serait ressentie comme dangereuse, les mauvaises affaires des unes étant alors susceptibles d'entraîner de fâcheuses répercussions sur celles des autres. Dans ces conditions, les mouvements de fonds entre sociétés groupées seront assez peu fréquents.

La situation des groupes réalisant une intégration économique est toute différente. Ce type de groupe est, en effet, composé de sociétés articulées en vue d'objectifs économiques communs. Leurs activités seront donc interdépendantes si bien que les difficultés, a fortiori la ruine d'une filiale ne pourront manquer d'affecter le fonctionnement du groupe tout entier, voire le paralyser. Il sera donc naturel que chacun des membres se porte au secours

(39) Exemple cité par G. BRAC DE LA PERRIERE, « Mettre la finance au service de la stratégie industrielle », *rev. Analyse Financière*, 1971, p. 27 et s.

(40) Pour ne relever que les plus importants, on citera par exemple les groupes SUEZ, PARIBAS, CCF, WORMS, LAZARD, DREYFUS-RIVAUD. La situation du groupe ROTHSCCHILD paraît plus ambiguë, tant il est difficile de le ranger nettement dans la catégorie des groupes financiers ou dans celle des groupes industriels (V. sur tous ces points, F. MORIN, « La Banque et les groupes industriels à l'heure des nationalisations », éd. Calmann-Lévy, 1977, p. 124).

(41) CHAMPAUD, obs. RTD com., 1971, n° 17, p. 119.

d'une unité en difficulté puisque son bon fonctionnement en dépend. Mais, au-delà de simples opérations ponctuelles de soutien que rend nécessaire le maintien de l'équilibre du groupe, on s'est vite aperçu que l'enrichissement le plus élevé passait par une réallocation systématique et ininterrompue des capitaux dans le groupe : il n'y a aucune utilité à laisser en caisse ou sur des comptes à vue non rémunérés des trésoreries excédentaires qui pourraient être mises en commun et placées avantageusement en dehors du groupe ou être affectées aux unités du groupe qui, sans cela, auraient été contraintes d'acquitter des frais financiers pour se procurer des fonds. Le rééquilibrage des capitaux entre sociétés groupées assure sa puissance et accroît son « pouvoir de monopole » (42).

17. — L'effectivité du pouvoir investit ainsi le groupe de la puissance financière nécessaire à la poursuite des finalités économiques qu'il s'est tracées. Mais, inversement, les financements inter-groupe apparaissent aussi comme un moyen pour la société dominante d'affermir le contrôle qu'elle exerce sur les filiales. Ainsi, la sujétion traditionnelle des firmes industrielles vis-à-vis des banques tend à s'atténuer dans une assez large mesure pour les sociétés membres d'un groupe (43) mais se trouve en réalité remplacée par une très forte dépendance de celles-ci à l'égard de la société dominante. C'est au fond de la société-mère ou de la holding que proviennent, pour une grande part, les ressources des filiales : soit directement par prêts et avances effectués sur les fonds collectés auprès des sociétés du groupe ou empruntés aux meilleures

(42) HOUSSIAUX, le pouvoir de monopole, Sirey, 1958.

(43) Les crédits bancaires directement accordés aux sociétés de groupe sont le plus souvent à long terme. Les encours de dettes à court terme sont d'importance plus réduite. (R. de VANNOISE, art. précité). Les banques acceptent, en effet, d'autant plus facilement de retarder l'exigibilité de leurs créances que la surface de leur débiteur est étendue. Or, sans même que soit nécessaire un engagement de caution solidaire de la société-mère ou de la holding — que celle-ci, du reste, refuse fréquemment de souscrire (v. communication relative aux lettres d'intention du Crédit Lyonnais du 6 octobre 1977) — l'affiliation à un groupe puissant, avec lequel l'établissement de crédit traite habituellement en toute confiance paraît en soi constituer une garantie du respect ponctuel des échéances. La signature de la filiale peut alors être purement et simplement assimilée à celle de la société dominante. Tout au plus, une lettre d'intention (appelée également « lettre d'apaisement », « lettre de confort » ou encore « lettre de patronage ») signée par la société tête de file du groupe, sera-t-elle alors exigée; mais celle-ci peut ne comporter aucun engagement juridique précis ou n'offrir à la banque qu'une protection extrêmement ténue (par ex. : la société-mère s'engage envers la banque à maintenir sa participation dans le capital de la filiale ou du moins à en conserver le contrôle). De plus, en aucun cas, une simple lettre d'intention, à la différence d'un cautionnement, ne permettra à la banque de poursuivre directement la société-mère en paiement de la dette de la filiale. La première n'a, en effet, contracté qu'une obligation de faire (conserver le contrôle de la filiale ou obliger la filiale à respecter ses engagements ou encore mettre à sa disposition les fonds nécessaires à cette fin) qui ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts, sanction de l'inexécution de sa propre obligation. (V. en dernier lieu : TERRAY, « La lettre de confort », Rev. Banque, mars 1980, p. 329 s.). Emprunteuses à long terme, les sociétés de groupes disposent ainsi d'un passif à exigibilité réduite et jouissent d'une stabilité assez grande de leurs ressources, ce qui représente un avantage considérable par rapport à des sociétés concurrentes, restées indépendantes.

conditions (en raison de la « surface » d'une société dominante) aux banques soit indirectement par voie de garantie des engagements des filiales souscrits par elles au profit de tiers.

18. — La dépendance financière des filiales vis-à-vis de la société dominante permet ainsi à cette dernière de consolider le contrôle existant et d'opérer une surveillance plus étroite sur les organes des sociétés dominées (44). En fait, indépendamment du degré de maîtrise du capital et de la présence de minoritaires plus ou moins agissants, toute filiale a, en effet, les moyens juridiques de son indépendance : elle est une personne morale distincte disposant d'organes qui lui sont propres. Les personnalités qui la dirigent peuvent se révéler déloyales ou infidèles, ou simplement plus attachées à l'essor de « leur » société qu'à l'expansion d'un groupe sur les destinées duquel elles n'ont pas voix au chapitre. Un ferment de révolte peut exister lorsque les opérations imposées à la filiale lui sont préjudiciables. L'opposition, la mauvaise volonté, l'inertie délibérée des dirigeants de la filiale peuvent nuire à la mise en œuvre de la politique de groupe et avant qu'elles ne soient sanctionnées, entraîner un grave préjudice à cet égard. La menace d'asphyxie financière est un moyen efficace de décourager les rebelles, la rupture du crédit une façon de couper court à toute activité de la filiale opposée à l'intérêt supérieur du groupe. En pratique, on observe du reste une assez forte proportion de filiales déficitaires de sociétés-mère bénéficiaires à telle enseigne que le déficit des premières semble provoqué par tactique aux fins d'accroître leur dépendance.

19. — Mais, le surcroît de pouvoir que permet un financement par prêts et avances, tant sur les filiales que sur un marché donné ne nous intéressera pas directement dans le cadre de la présente étude. L'examen du phénomène débouche en effet d'une part sur le problème de la définition du groupe, vaste débat mais, comme nous l'avons déjà observé, d'intérêt somme toute limité, puisqu'il ne préjuge en rien de la nécessité d'une réglementation nouvelle et de son contenu, lesquels représentent en revanche les difficultés essentielles ; d'autre part sur celui du droit de la concurrence, terrain sur lequel les prêts et avances inter-groupes apparaissent comme des éléments fort peu spécifiques.

20. — III. En revanche, il est capital d'examiner si le groupe est en mesure d'instaurer une libre circulation des capitaux en son sein grâce à la formule des prêts et avances, instruments privilégiés et spécifiques d'une gestion financière d'ensemble : de la réponse à cette question dépend en

(44) L'idée a une portée générale : on a pu écrire qu'« à partir d'un certain degré de gravité de la situation de trésorerie, le tiers qui finance tient entre ses mains la vie de l'entreprise », (BRILMAN, « Le redressement d'entreprises en difficulté », Éd. Hommes et Techniques, 1978, p. 184).

droite ligne le développement, voire dans les conditions économiques actuelles, l'avenir même de la structure de groupe comme modèle de croissance. Le droit positif le permet-il ou faut-il souhaiter l'avènement d'un droit des groupes qui l'autoriserait expressément ? C'est là le premier problème : l'examen et la mesure des obstacles dressés par le droit positif à la **validité des opérations** de prêts et avances inter-groupe. Ces obstacles sont-ils tels qu'il faille souhaiter, dans l'intérêt même des groupes, une intervention du législateur ? (1^{ère} partie).

21. — Mais, seconde difficulté, même à supposer que le droit français autorise une réelle mobilité des fonds par prêts et avances, la finalité de ces opérations dépasse celle de banales opérations de crédit : il s'agit d'aménager la plus grande fluidité des fonds dans le groupe, d'« ouvrir » les patrimoines des sociétés groupées et de les considérer, au moins pour leur partie composée des liquidités, comme des « vases communicants » (45).

D'évidents dangers en procèdent pour les personnes dont les droits sont limités au patrimoine social. Le droit positif leur accorde, dès à présent, une certaine protection en leur permettant d'agir contre les opérateurs, les dirigeants du groupe, lesquels doivent réparation sous diverses formes des conséquences préjudiciables aux actionnaires minoritaires et aux créanciers sociaux, de leurs fautes ou abus.

Cette protection est-elle suffisante ? Cette question fera l'objet d'une deuxième partie consacrée aux **responsabilités des opérateurs**.

(45) CHAMPAUD, op. cit., n° 367, p. 275.

PREMIÈRE PARTIE

VALIDITÉ DES OPÉRATIONS

22. — La mobilité des capitaux dans le groupe réclame que le plus grand nombre de ses membres puissent prêter leurs capitaux aux autres. Chacune des sociétés groupées se voit attribuer une tâche nouvelle, celle de financer les activités du groupe. Toutes sont considérées par l'autorité dominante comme des prêteurs potentiels, certaines unités spécialisées apparaissent même comme des banques à vocation interne.

Mais, en désirant assurer le plein emploi des capitaux dans le groupe et instaurer un système de distribution du crédit en son sein sur lequel il a la haute main, le groupe bouleverse les principes les plus traditionnels.

23. — En premier lieu, ne fait pas de la banque qui veut : la distribution du crédit intéressant l'ordre public économique, le législateur a voulu une séparation totalement étanche entre l'industrie et le négoce d'un côté, la banque et le crédit de l'autre. Ce dernier secteur devait, en effet, être complètement isolé pour être mieux surveillé et préserver l'indépendance du banquier par rapport à ses clients.

Ainsi, l'article 7 du décret n° 46-1246 applicable aux banques nationalisées et l'article 5 du décret n° 46.1247 applicable aux banques privées du 28 mai 1946 interdisent-ils aux banques de pratiquer une industrie ou un commerce étrangers aux opérations caractérisant la profession bancaire. Mais, en échange, l'article 3 de la loi du 13 juin 1941 confère un monopole absolu aux banques : il est, en effet, réciproquement interdit à toute entreprise non bancaire de recevoir des fonds liquides du public pour les employer à son propre compte en opérations de crédits parce qu'il s'agit là d'activités proprement bancaires (article 1^{er}, loi du 13 juin 1941). On constate donc aisément que la banque constitue un monde clos. Ses frontières sont, en outre, étroitement surveillées. Or, le groupe ne vient-il pas s'y infiltrer en exerçant une fonction bancaire au profit de ses membres ? C'est là évidemment un point qui dépend du contenu de la réglementation bancaire dont il sera ainsi nécessaire d'apprécier l'application aux prêts inter-groupe dans un titre premier.

24. — En second lieu, il est pour le moins surprenant que la direction du groupe fasse de toute société affiliée un prêteur potentiel. C'est, en effet, un principe fondamental de notre droit des sociétés que l'action de toute société est bridée par sa spécialité.

Cette spécialité existe à un double niveau. D'une part, elle s'oppose à l'accomplissement par toute société de certains actes étrangers à leur but, c'est-à-dire ceux qui ne permettent ni un bénéfice ni une économie suivant les dispositions de l'article 1832 nouveau du code civil. D'autre part, l'action de toute société se trouve, en principe, enfermée dans le cadre de l'objet que lui ont assigné les associés dans ses statuts. Or, à supposer même que les prêts et avances consentis par la société à son groupe assurent au prêteur une correcte rémunération, ce qui peut ne pas être le cas dans les relations de groupe où les concours financiers sont parfois attribués gratuitement, et respectent la spécialité légale des sociétés, les statuts de la plupart des sociétés groupées ne

leur donnent aucune vocation financière particulière : ce sont généralement des sociétés industrielles, commerciales et de services, pas des banques ou des établissements financiers.

Dès lors, un groupe industriel peut-il assurer une véritable mobilité des capitaux en son sein ? Celle-ci n'est-elle pas irrémédiablement entravée par la spécialisation de la plupart des organismes prêteurs dans le groupe ? C'est là une première difficulté.

25. — Mais il vient s'y greffer aussitôt une autre. N'est-il pas, en effet, dangereux de prime abord qu'une société tienne ses fonds à la disposition d'une autre alors qu'elle subit l'ascendant d'une personne intéressée dans la société emprunteuse ? N'y a-t-il pas tout lieu de craindre que cette personne n'use de ses pouvoirs ou de son influence pour transformer purement et simplement l'opération en une appropriation ou, pour le moins, la décide dans des conditions lésionnaires pour la société prêteuse ? De la personnalité de l'emprunteur naissent donc certains dangers contre lesquels le législateur a réagi en instituant tantôt une interdiction, tantôt un contrôle de l'opération de prêt. Destinées à protéger les intérêts minoritaires, ces mesures apparaissent cependant, dans la pratique, moins comme des instruments efficaces de protection des intérêts des actionnaires hors groupe que comme des entraves à la mobilité des capitaux dans le groupe. C'est pourquoi, il a paru préférable d'en examiner l'incidence à ce dernier titre, ce qui justifie leur étude dans cette première partie.

Le droit des sociétés contrarie donc à un double point de vue la circulation des liquidités dans le groupe, d'une part, à raison de la spécialité du prêteur, d'autre part à raison de la personnalité de l'emprunteur. On consacrerait un titre deuxième à ces obstacles que présente le droit des sociétés.

TITRE I

PRÊTS INTER-GROUPE ET RÉGLEMENTATION BANCAIRE

26. — Au plan financier, les groupes fortement structurés tendent à fonctionner en circuit fermé en s'efforçant d'utiliser au mieux leurs propres ressources à satisfaire les besoins de leurs membres. Pour atteindre ce but et éviter autant que possible de recourir à des sources de financement externes, deux mécanismes sont essentiellement à leur disposition.

En premier lieu, la société dominante peut mettre directement en rapport les sociétés du groupe à capacité de financement et les sociétés qui en éprouvent le besoin. Cet établissement de relations directes entre des entreprises auxquelles l'accès au marché monétaire est refusé correspond à l'hypothèse des prêts dits « face à face » (1). Mais un tel procédé, s'il réalise une adéquation exacte des ressources aux besoins, une fois mis en œuvre, exige que le prêteur puisse par lui-même satisfaire à toutes les conditions que réclame l'opération : ainsi, devra-t-il fournir dans le temps voulu des capitaux en quantité suffisante, être en mesure d'accepter un délai de remboursement plus ou moins long et surtout des risques qui peuvent être élevés, sans porter préjudice à son exploitation principale. Cela suppose donc une complémentarité exacte des besoins entre des sociétés souhaitant placer ou obtenir des liquidités. Or, celle-ci existe trop rarement en pratique pour permettre une intense circulation des capitaux à l'intérieur du groupe. Le recours à un tel mécanisme ne permet pas d'assurer le degré de mobilité des capitaux, qu'exige une gestion financière optimale des groupes de grande envergure.

L'établissement de relations bilatérales entre sociétés à capacité de financement et sociétés à besoin de financement est cependant relativement fréquent dans les groupes de sociétés. En pratique, cette situation correspond

(1) V. sur cette technique, « Les circuits extra-bancaires de crédit ». Bull. CNME, n° 50 - II C 3 ; elle a été dénoncée, ainsi que le soutien de certaines banques qui acceptent de garantir l'opération, par M. WORMSER, Gouverneur de la Banque de France (lettre au Président de l'association prof. des banques, du 28 février 1972) mais seulement en ce qui concerne les prêts effectués ailleurs que dans un groupe et non justifiés par des relations commerciales.

aux prêts, généralement d'un montant important, à moyen ou long terme, réalisés dans des groupes de moyenne dimension. Il s'agit le plus souvent de soutiens financiers circonstanciels accordés dans un souci de solidarité et de réciprocité à des sociétés du groupe traversant une phase difficile de leur existence (2).

27. — Mais, dans les grands groupes de sociétés et, en particulier pour des opérations de crédit à court terme, un second schéma a été conçu. Il consiste à confier à une société donnée du groupe, le soin de collecter tous les fonds excédentaires afin de les redistribuer entre les sociétés groupées au vu d'une politique d'ensemble, déterminée au sein de la société dominante. Cette mission peut incomber d'abord à une société-mère ou à une holding qui, accessoirement à son activité industrielle et/ou de contrôle, assure la centralisation et la redistribution des capitaux dans le groupe. Mais, celui-ci peut également faire appel à des organismes spécialisés, par exemple des sociétés financières dont le rôle sera plus étendu (3).

Un tel mécanisme permet d'abord de dépasser, sans les exclure, les rapports de financement bilatéraux dont on vient de souligner les limites. Il présente ainsi l'avantage de réaliser une adéquation optimale des ressources financières du groupe aux besoins éprouvés par les sociétés membres. Il autorise également des financements risqués de montant très élevé puisqu'il aboutit à la réunion d'une masse permanente et considérable de capitaux d'emploi immédiat.

28. — Comme le précédent cependant, mais assurément dans une plus grave mesure encore, il recèle certains dangers. En effet, le groupe, parce qu'il entend gérer au mieux les fonds qui se trouvent en son sein, tend à considérer toute société dont la trésorerie est à un moment donné excédentaire, comme un prêteur potentiel. Parfois, il va même jusqu'à faire de l'un de ses membres, une banque à vocation interne. Cela s'explique par la logique même des groupes qui, au-delà du pluralisme juridique, constituent « en fait, un ensemble homogène qui cherche à se passer des concours extérieurs et vise à fonctionner en circuit fermé » (4). Mais en se chargeant eux-mêmes de distribuer le crédit en leur sein, les groupes mettent par là-même en place un circuit totalement incontrôlable de diffusion de crédit, susceptible de déjouer ou d'éluder toutes éventuelles mesures de contrôle et d'encadrement décidées par les pouvoirs publics.

(2) Cf. PASTRE, *op. cit.*, p. 282.

(3) La société interposée par le groupe, chargée d'effectuer toutes opérations de crédit au profit de ses membres, sera appelée, à l'occasion des développements qui concernent la réception des fonds du groupe, « société de financement du groupe », quel que soit son statut juridique précis, en l'occurrence indifférent (société-mère, holding, société financière)

(4) Bull. CNME précité, n° 50, II, C 4.

Or, c'est notamment pour assurer l'efficacité de telles mesures que les lois des 13 et 14 juin 1941 (5) ont décidé de réserver la distribution du crédit à des entreprises d'un statut particulier, dont le fonctionnement est réglementé et peut être étroitement surveillé par les pouvoirs publics. Ces entreprises sont soit des banques, soit des établissements financiers selon que les opérations de crédit qu'elles accomplissent sont effectuées sur des fonds provenant du public ou des fonds propres (6). La notion de public étant habituellement d'acception fort large — appartient en principe au public toute personne juridiquement distincte de celle qui reçoit les fonds — la société du groupe spécialisée dans la collecte des capitaux, leur gestion et leur réemploi en opérations de crédit devrait donc adopter le statut de banque. De même, toute société exploitante à laquelle il serait demandé de verser ses excédents de trésorerie dans la caisse d'une autre société du même groupe devrait être enregistrée comme établissement financier, les prêts étant alors consentis sur fonds propres.

A défaut, les dirigeants de la société chargée de financer les activités du groupe commettraient le délit d'exercice illicite de la profession de banquier (7) et ceux de la société exploitante le délit d'exercice illégal de la profession d'établissement financier (8).

29. — En outre, pour qu'une opération quelconque de prêt puisse être envisagée, il faut que l'emprunteur soit en droit de recevoir des fonds. Le problème se pose, certes, pour toute société exploitante, en position d'emprunteur, mais il est particulièrement aigu pour la société de crédit du groupe qui devra obligatoirement faire appel aux capitaux des sociétés affiliées en vue de son financement. Or, l'article 3 de la loi du 13 juin 1941 confère aux banques le monopole de la réception des fonds du public à vue ou à moins de deux ans et assortit sa transgression de sanctions pénales (9).

Dès lors, de deux choses l'une : ou bien, l'on persiste à considérer que les fonds reçus des sociétés groupées proviennent du public et, dans ce cas, toute société appartenant au groupe devrait, en sa qualité d'emprunteur possible, adopter à un moment ou à un autre le statut de banque ; ou bien, l'on retient l'unité et l'homogénéité du groupe par delà le pluralisme juridique de ses membres pour dire que ces derniers ne représentent plus le public les uns vis-à-vis des autres.

(5) Sur les lois de 1941, v. H. CABRILLAC : « La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier », JCP 1941-1-235 ; HAMEL : « La nouvelle réglementation des banques, entreprises et établissements financiers », Rev. gén. dr com. 1942, p. 5 et s. ; ESMEIN : « L'organisation et la réglementation de la profession bancaire », G.P. 1941-2, Doct. 18.

(6) Article 1^{er}, loi du 13 juin 1941.

(7) L'infraction est passible d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 3.600 à 36.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement (article 21, loi du 13 juin).

(8) Article 6, al. 2, loi du 14 juin 1941 (peines identiques).

(9) Article 21, loi du 13 juin.

30. — C'est dans cette dernière direction que se sont engagés le législateur de 1941 et surtout les autorités bancaires, chargées d'interpréter ses dispositions. Par là-même, ils ont été les premiers à particulariser la situation des groupes de sociétés en admettant qu'une activité proprement bancaire — la réception au moyen de prêts et avances notamment, de fonds publics — pouvait ne pas enfreindre le monopole bancaire lorsque les opérations effectuées demeuraient restreintes à des sociétés relevant d'un même groupe économique.

De la même manière, ils ont favorisé l'octroi de prêts entre sociétés liées par des rapports de groupe.

Cependant, la licéité de la réception de prêts et avances provenant du groupe et de l'octroi de tels crédits à l'intérieur de celui-ci n'est reconnue que si certaines conditions sont réunies.

CHAPITRE I

CONDITIONS RELATIVES A LA RÉCEPTION DE PRÊTS ET AVANCES DU GROUPE

31. — La réception de fonds à vue ou à moins de deux ans émanant du public constitue aux termes de l'article 3 de la loi du 13 juin 1941, une opération prohibée à toute société autre qu'une banque. Il est cependant parfaitement clair que la loi n'envisage que les seules remises de fonds correspondant à des opérations financières. Il ne fait aucun doute que l'argent versé en exécution de marchés commerciaux, par exemple le versement du prix d'une vente ou d'un acompte, échappent complètement à la prohibition légale (10). Lorsque le bénéficiaire des fonds reçus ne doit pas les restituer, lorsqu'ils lui restent acquis, le remettant ne mérite nullement la protection particulière qu'institue la loi bancaire (11). Ce qui explique en effet la prohibition légale et le monopole conféré au secteur bancaire quant à la réception de l'épargne à court terme est la protection des épargnants. Ces derniers peuvent se heurter à l'« illiquidité » (12) de celui à qui ils ont confié leur épargne. Or, les banques sont en principe les seules utilisatrices de fonds publics à qui le maintien d'une suffisante liquidité soit imposé et étroitement contrôlé par la puissance publique (12 bis). Le législateur considère a priori

(10) En ce sens, v. not. STOUFFLET, « Le monopole des banques quant à la réception de fonds en dépôt », Mél. Cabrillac, 1968, p. 443.

(11) Comp. article 2 a de la loi du 13 juin. Les fonds reçus pour constituer ou augmenter le capital, quoique provenant en principe du public, ne sont plus considérés comme publics en vertu du texte précité car ils cessent d'appartenir aux souscripteurs pour devenir la propriété de la société.

(12) Bien qu'il ne figure dans aucun dictionnaire classique, nous n'hésitons pas à employer ce néologisme, commode et expressif, utilisé dans la langue des financiers. Il vise l'hypothèse où l'entreprise, ayant un fonds de roulement négatif, ne peut plus faire face avec son actif disponible à son passif exigé et arrête son service de caisse. La notion d'illiquidité est à l'état de cessation des paiements (cf. infra, n° 360) ce que celle d'insolvabilité est à la situation d'insuffisance d'actif : l'illiquidité résulte de l'état de cessation des paiements comme l'insolvabilité de la situation d'insuffisance d'actif.

(12 bis) Bien qu'elle ne soit pas sans exemple (v. not. PAU, 22.04.1980, D. 1981, IR, 182, obs. Vasseur), l'hypothèse de la faillite d'une banque est rare. Si, en France, les déposants ne bénéficient pas d'une protection particulière en pareil cas, il en va autrement en République Fédérale Allemande. On relèvera d'abord la création, après la faillite en 1974, de la Banque HERRSTATT, à l'initiative de la Banque Fédérale, d'une « LIQUIDITÄTSKONSORTIAL-BANK » dont l'objet est d'assurer l'exécution des obligations d'une banque qui se trouve confrontée à de graves difficultés de liquidité. Cet organisme s'intègre au système de garantie

que tout établissement non bancaire ne présente pas les garanties nécessaires à cet égard lorsque les capitaux remis sont à court terme ou à très court terme, a fortiori lorsque les fonds sont déposés à vue. Chez le déposant s'observe alors un besoin de liquidité que seules les banques sont jugées à même de satisfaire.

Pour assurer l'efficacité du monopole conféré aux banques dans l'intérêt de l'épargne, la loi, très logiquement, a adopté une conception extensive tant des personnes à protéger que des opérations interdites à toute entreprise non bancaire. Il fallait sauvegarder les intérêts d'épargnant de toute personne qui, ayant remis des fonds à une autre, se trouverait dans l'impossibilité d'en contrôler l'usage. A cette fin, le législateur a eu recours à la notion assez vague de « public » : toute personne appartenant au « public » mérite la protection de la loi bancaire en vertu de l'article 2 de la loi du 13 juin 1941. La doctrine, lorsqu'elle s'est attachée à définir cette notion, a pris en considération les objectifs poursuivis par la réglementation des dépôts pour retenir son acception la plus extensive. Selon elle, tout tiers remettant des fonds à une personne ou entreprise quelconque doit, en principe, être considéré comme faisant partie du public à l'égard de celle-ci (13).

32. — La loi a également consacré une conception large des opérations prohibées à un établissement non bancaire. Celui-ci ne peut, en effet, recevoir, outre des dépôts à proprement parler, aucun prêt à moins de deux ans d'échéance et aucune avance en compte courant.

Sans doute, l'article 3 ne réserve-t-il aux banques que le monopole de la **réception en dépôt** des fonds du public et le dépôt se distingue-t-il juridiquement du prêt ou de l'avance (14).

Cependant, l'article 5 de la loi du 13 juin 1941 assimile expressément aux fonds reçus en dépôt tant les fonds déposés en compte courant (article 5, a) que ceux « dont le remboursement est subordonné à un préavis ou à un terme » inférieur à deux ans (article 5, b). Il est donc certain que tous les prêts d'argent, à moins de deux ans d'échéance, ainsi que toutes les avances réalisées en compte courant sont soumis au même monopole des banques que les dépôts stricto sensu (15). Cela est rationnel. L'épargnant mérite en

privé qui existait déjà dans les différents secteurs de banque en R.F.A. et qui, d'ailleurs, a été sensiblement renforcé. Ainsi, le **Fonds dit « des Pompiers »** de l'Office Commercial des Banques privées allemandes garantit actuellement, jusqu'à concurrence de 30 % du capital de la banque concernée, tous dépôts des personnes physiques ou morales n'exerçant pas la profession de banquier (cf. à ce sujet, R. BOEHNER, le système allemand de protection du public contre les risques résultant des faillites des banques, in Responsabilité professionnelle du banquier, contribution à la protection des clients de banque, ouvr. coll. sous la direction de Monsieur le Professeur GAVALDA, préf. P. MARCILHACY, Economica, 1978, 83 et s.).

(13) « Du moment que l'entreprise reçoit des fonds d'une personne autre qu'elle-même, elle reçoit des fonds du public... Dès lors que le déposant a une personnalité distincte du dépositaire, il appartient au public », affirme M. HAMEL (« Banques et Établissements Financiers », Rev. Banque, juin 1947, p. 2). En ce sens, v. Egal. RODIERE et RIVES-LANGE, « Droit bancaire », Dalloz, p. 18, n° 19.

(14) V. H. et L. MAZEAUD, « Leçons de droit civil, les principaux contrats », p. 759, n° 1520.

(15) En ce sens, PASTRE, op. cit., p. 267.

principe protection chaque fois qu'il remet des fonds à un tiers qui peut librement en disposer (16), « peu importe la forme juridique ou la dénomination de l'opération utilisée » (17). Si le législateur a jugé nécessaire d'assimiler en termes exprès les prêts à moins de deux ans aux dépôts, cela s'explique essentiellement, semble-t-il, en raison du fait que les prêts excluent nécessairement le service de caisse.

Or, celui-ci est, en vertu de l'article 4 de la loi du 13 juin, l'une des conditions, d'ailleurs contestée (19) du dépôt interdit à toute entreprise autre qu'une banque.

33. — On se convainc sans peine que l'application rigoureuse dans les groupes des dispositions légales n'autorise aucune véritable mobilité des ressources financières, condition de toute politique d'ensemble visant au plein emploi des capitaux engagés. L'article 3 de la loi du 13 juin 1941 aboutit en effet à geler les disponibilités susceptibles d'être prêtées à court terme en interdisant à leurs bénéficiaires éventuels de les recevoir. Par là-même, il compromet dans une grave mesure la réalisation de financements inter-groupe : rares sont, en effet, les sociétés, suffisamment prospères, du groupe qui pourraient accepter, sans risques pour elles, de prêter à moyen ou à long terme leurs capitaux à des sociétés affiliées. Deux conséquences en découlent directement : la société financière du groupe risque de ne pouvoir remplir convenablement sa mission, qui est de subvenir aux besoins de crédit des sociétés affiliées, en raison de l'insuffisance des capitaux dont elle peut disposer. D'autre part, les sociétés d'exploitation peuvent voir leur expansion ralentie en raison de la prohibition qui leur est faite de profiter des trésoreries excédentaires de certaines autres sociétés, qui se trouvent alors sans emploi.

34. — On mesure ainsi l'inopportunité d'une application littérale des dispositions de l'article 3 aux rapports de groupe. Le maintien du caractère public des fonds de chacune des sociétés du groupe à l'égard de toutes les autres engendre des obstacles majeurs au financement entre sociétés groupées, que n'affaiblissent pas sensiblement les dérogations à la règle d'interdiction. Cette affirmation sera vérifiée dans une section première.

La seule solution véritable semble alors d'écarter purement et simplement la notion de public dans les rapports de groupe. Il convient que toute société d'un groupe ne puisse constituer le public à l'égard des autres. C'est dans cette voie que se sont engagées les autorités bancaires qui ont interprété dans un sens très favorable sinon à tous les groupes, du moins à certains d'eux, les règles rigoureuses instituées par la loi bancaire : ils ont « privatisé » les fonds des sociétés du groupe pour lever tout obstacle à la réception par l'une d'un financement émanant d'une autre. On le montrera dans une deuxième section.

(16) STOUFFLET, art. précité.

(17) RIVES-LANGE, *rep. Dalloz, com.*, « Banques et Établissements financiers », n° 24.

(19) V.M. CABRILLAC, *juriscl. com.*, V° Banque et Bourse, fasc. 5, n° 80.

SECTION I

Obstacles à la réception d'un financement tirés de l'origine publique des fonds utilisés

35. - Nous avons observé que, d'une façon générale, l'interdiction de recevoir des fonds à moins de deux ans d'échéance tendait à protéger l'épargnant contre l'« illiquidité » de leur utilisateur et que celle-ci était présumée par la loi pour toute entreprise autre qu'une banque.

Pour éviter que les parties ne tournent l'interdiction en recevant un dépôt interdit dans le cadre d'une convention distincte de compte courant, l'article 5a de la loi du 13 juin 1941 a purement et simplement assimilé aux fonds reçus en dépôt, « les fonds déposés en compte courant, même si le solde peut devenir débiteur ». La solution est logique : un dépôt présente pour l'épargnant les mêmes risques, qu'il soit réalisé en compte courant ou autrement. Sans doute est-elle sévère puisque le législateur entend résolument ignorer la durée de l'opération de crédit réalisée en compte courant, que les caractéristiques de cette convention n'empêcheraient néanmoins pas de connaître (20). Mais elle se justifie d'une part, par la volonté d'empêcher les fraudes à la prohibition légale auxquelles peut se prêter le procédé du compte courant et d'autre part, par le fait que les avances effectuées en compte sont généralement à court terme.

36. — Toute remise en compte courant, dès lors qu'elle se traduit par un flux réel de fonds et procède d'une opération financière (21) paraît impossible

(20) Comme on l'a noté (STOUFFLET, art. précité), la convention de compte courant, nonobstant l'effet novatoire, « n'a pas pour conséquence d'ôter aux opérations qui servent de cause aux remises, leur spécificité ».

(21) Malgré la formulation très générale de l'article 5 a de la loi du 13 juin 1941, tous « les fonds déposés en compte courant » ne sont pas compris dans la prohibition légale. La doctrine est unanime sur ce point. (STOUFFLET, op. cit., p. 441 et s. ; RIVES-LANGE, rep. Dalloz, précit. ; TERRE, « A propos des fonds reçus du public », *Économie et comptabilité*, mars 1975, p. 19 et s. ; DU PONTAVICE, Bull. C.A.C., 1976, n° 22, p. 213 et s.). D'une part, selon les auteurs, la remise de fonds en compte courant implique un flux réel de fonds, de la même manière que si cette remise était réalisée en dehors de rapports de compte. Cette considération n'est pas sans portée pratique dans les groupes de sociétés où il est assez fréquemment observé qu'une société-mère laisse en compte le montant des dividendes que lui doit sa filiale afin de favoriser sa trésorerie. Un tel comportement échappe en effet à la réglementation des dépôts (article 2, al. 1^{er}, b, loi du 13 juin 1941, qui écarte formellement la notion de dépôt mais seulement lorsque les fonds sont laissés en compte par un associé de SARL, un associé ou un commanditaire de sociétés de personnes). D'autre part, toutes les remises en compte courant ne sont pas prohibées car elles peuvent résulter d'opérations commerciales. Or, comme la réception de fonds en général, la remise en compte n'est illicite que si elle répond à une *préoccupation exclusivement financière* et présente les mêmes caractéristiques qu'un prêt.

puisque le correspondant qui en serait bénéficiaire ne peut la recevoir. Même, si par comparaison, le législateur semble plus clément en faveur des prêts, dont il n'interdit que ceux inférieurs à deux ans d'échéance (article 5b, de la loi du 13 juin), cette exception qu'institue la loi elle-même paraît sans portée appréciable dans les groupes. Si l'on persiste à proclamer publics les capitaux de chacune des sociétés du groupe vis-à-vis des autres, ce n'est pas la possibilité de prêter à plus de deux ans de terme des fonds qui favorisera la mobilité des capitaux en son sein. On le montrera en premier lieu.

37. — Une manière de restreindre la sévérité de la loi est, sans pour l'instant tenter de limiter la notion de public (22), d'interpréter strictement celle de « réception de fonds ». La doctrine s'est engagée dans cette voie. Selon elle, seule une activité habituelle de réception de dépôts constitue une véritable atteinte au monopole bancaire, à l'exclusion des dépôts isolés et purement occasionnels, faits par une entreprise à une autre ou par un particulier à un autre. Mais, à supposer même la thèse fondée, force sera une nouvelle fois d'en constater la médiocre incidence pratique et son insuffisance à assurer la nécessaire fluidité des capitaux dans le groupe. On le vérifiera en second lieu.

§ 1 - Portée limitée de la dérogation légale

38. — Le législateur de 1941 a interdit aux établissements non bancaires de recevoir tous fonds qui devront être restitués dans un délai inférieur à deux ans (23) parce qu'il estime que la condition de liquidité est alors essentielle aux yeux de l'épargnant, et que celle-ci ne peut être satisfaite par l'organisme qui les reçoit (24).

En revanche, lorsque les prêts sont consentis pour une durée dépassant deux ans, il considère que les épargnants ont effectué un véritable placement et renoncé à une possibilité de retrait immédiat ou du moins assez proche ; la condition de liquidité ne déterminant plus essentiellement leur consentement, il n'est pas nécessaire de leur garantir la même liquidité que celle offerte par les banques.

(22) V. *infra*, section II.

(23) Sauf bien entendu si de tels fonds ont été empruntés à une banque ou à un établissement financier, auxquels cas, la loi (article 2 c, loi du 13 juin) ne les considère plus comme provenant du public.

(24) STOUFFLET, art. précit., p. 447 ; PIZZIO, « les établissements financiers : contribution à l'étude d'une institution para-bancaire », Thèse droit, Dijon, 1972, p. 137, n° 90.

39. — Mais, s'il est certain que toute société est en droit de recevoir des prêts si le terme de remboursement est égal ou supérieur à deux ans, cette faculté est cependant de faible portée dans les groupes, et ce pour deux raisons essentiellement.

La première a déjà été évoquée : une société dont l'objet n'est pas la distribution du crédit évitera en règle générale de se priver de ses excédents de capitaux pour une longue période. Elle préférera les prêter à court terme, et le plus souvent donc à un terme inférieur à deux ans, de façon à les recouvrer assez rapidement pour les affecter à ses propres besoins d'exploitation. Mais, il est une deuxième raison qui tient aux dispositions mêmes de l'article 5 b. La possibilité de recevoir des prêts à plus de deux ans n'est en effet offerte qu'aux sociétés d'exploitation du groupe ; elle est refusée aux sociétés financières : selon cet article, les entreprises et personnes citées à l'article 27 - 2°, de la loi du 13 juin, c'est-à-dire celles notamment qui font profession habituelle d'accomplir des opérations à court ou moyen terme au profit de leur groupe (25) ne peuvent recevoir de fonds du public ; que le terme soit proche ou lointain, l'interdiction est donc absolue à leur égard. Les sociétés financières dont la mission est de centraliser les ressources financières du groupe ne pourraient donc recevoir aux termes de la loi, ni dépôts à moins de deux ans, comme toutes les entreprises autres que les banques, ni même tous autres fonds à plus de deux ans.

40. — Certes, le comité permanent d'organisation des banques (remplacé par le Conseil National du Crédit) avait écarté cette solution qui lui semblait inutile en raison des contrôles auxquels les établissements financiers sont assujettis (26). Pourtant, la possibilité qui leur est laissée de collecter au moyen de prêts à terme supérieur à deux ans les fonds du groupe ne présente pas, en principe, un grand intérêt car il leur est interdit d'en user dans le cadre de leur activité de crédit (27).

L'exception légale relative aux prêts de plus de deux ans d'échéance est donc de très faible portée pratique dans les groupes. La majeure partie des excédents de certaines sociétés qui, en fait, ne pourrait être placée qu'à court terme, est gelée et inutilisable du fait de l'interdiction légale. La situation est surtout grave pour les sociétés financières dont il semble permis de mettre en doute l'utilité. Créés pour prêter de l'argent aux sociétés de leur groupe, ces

(25) Sur les sociétés financières du groupe, v. *infra*, p. 64, n° 85 et s.

(26) V. sur ce point, PIZZIO, *op. cit.*, p. 30 et s., n° 14 et s., sur les problèmes soulevés par les libertés prises par les autorités bancaires dans l'interprétation des dispositions légales, v. *infra*, p. 52, n° 65 et s.

(27) Sauf en ce qui concerne les fonds provenant d'une émission, autorisée par le Ministère de l'Économie et des Finances, d'obligations convertibles en actions (loi n° 70.601 du 9 juillet 1970, article 15 ; JCP 1970, III, 36805) qui sont alors immédiatement utilisables dès l'émission, sans attendre la conversion en actions. (V. HEMARD, TERRE, MABILAT, *op. cit.* ; t. III, n° 149, p. 101).

organismes peuvent, d'ailleurs contre la lettre même de la loi, recevoir certains fonds mais il leur est refusé le droit de les utiliser en opérations de crédit. L'interposition d'une société financière, si les dépôts et prêts que lui consentent les autres sociétés du groupe continuaient d'être réputés d'origine publique, n'offrirait plus guère d'avantage. Cela est d'autant plus vrai que ce type de société ne saurait bénéficier du tempérament à la règle d'interdiction conçu par la doctrine dont la portée est également limitée.

§ 2 - Portée limitée du tempérament doctrinal

41. — Les auteurs (28) exposent que le monopole bancaire de réception des dépôts publics n'est réellement affecté et n'appelle des sanctions, que si une personne ou entreprise utilise habituellement les fonds déposés chez elle par des tiers en vue de son financement. L'infraction de réception illicite des fonds publics n'est constituée que si le prévenu exerce cette activité dans les mêmes conditions qu'une banque elle-même, mais sans en avoir le statut. Dès lors, toute entreprise serait en droit de recevoir de façon isolée et exceptionnelle des capitaux du public. Seule la réception habituelle de tels capitaux constituerait le délit. Divers arguments ont été invoqués en ce sens. Tantôt, on a souligné la logique interne de la loi du 13 juin (29), tantôt, on a pris appui sur le principe d'interprétation stricte du droit pénal (30).

42. — Mais, à supposer même que l'on puisse adhérer à cette analyse doctrinale (31), peu d'incidences pratiques s'y attachent. Il est évident, en effet, que seules les sociétés exploitantes bénéficiaires d'un prêt isolé

(28) RIVES-LANGE, *rep. précit.*, nos 14 et 15 ; STOUFFLET, *op. cit.*, p. 448 et 449 ; PIZZIO, *op. cit.*, p. 267 n° 173.

(29) M. STOUFFLET, *op. et loc. cit.*, « l'article 3 est un complément de l'article 1^{er} de la loi de 1941. Il est donc permis de penser que l'élément d'habitude requis par l'article 1^{er} pour qu'une entreprise puisse être qualifiée banque est également nécessaire pour que s'applique l'article 3 ».

(30) « La règle de l'interprétation stricte du droit pénal s'oppose à ce que le mot « public » soit pris au sens où l'entend la loi bancaire. Pour la loi pénale, l'article 3, al. 1, vise nécessairement une collectivité d'individus et non pas une seule et même personne », écrit M. PIZZIO, *op. et loc. cit.*

(31) A son encontre, on peut cependant objecter que la protection du monopole bancaire n'est que le relais utilisé par la loi pour sauvegarder les intérêts des épargnants. Toute interprétation de la loi compatible avec le monopole bancaire mais susceptible de léser l'épargne peut donc paraître suspecte. Or, il est bien évident qu'à l'égard du prêteur, l'opération présente des dangers de même nature, que l'emprunteur fasse ou non habituellement appel aux capitaux du public. Le premier pourra toujours craindre, en ce qui concerne les opérations à moins de deux ans d'échéance, l'« illiquidité » du second. Dès lors, le recours isolé à l'emprunt serait tout aussi condamnable que le financement habituellement opéré grâce à ce moyen. (En ce sens, avis du comité d'organisation professionnelle des banques, J.O., 13 juillet 1941, p. 2937).

pourraient échapper à l'interdiction. En revanche, le tempérament doctrinal est radicalement privé de portée s'agissant des sociétés financières dont c'est précisément l'objet de recueillir toutes les liquidités excédentaires dans le groupe. A leur égard, la réception de prêts en provenance du groupe constitue en effet un mode de refinancement habituel.

43. — On s'aperçoit très clairement que les dispositions légales, interprétées à la lumière de l'acception habituelle de la notion de public, compromettent non seulement les rapports de financement bilatéral entre sociétés à capacité de financement et sociétés qui en éprouvent le besoin mais aussi, et surtout, une collecte systématique des disponibilités par les soins d'un organisme financier central. Il est certain qu'aucune véritable centralisation des trésoreries et leur réemploi en crédits ne sont concevables si l'on n'écartait pas résolument la notion de public dans les rapports de groupe. La mise en œuvre d'une politique financière de groupe, la liberté des financements inter-groupe passent par une « privatisation » des capitaux de chacune des sociétés membres du groupe vis-à-vis des autres. Telle est la solution retenue par les autorités bancaires, que l'on examinera maintenant.

SECTION II

Liberté de la réception d'un financement par la privatisation des fonds du groupe

44. — Si en vertu de l'article 2 de la loi du 13 juin 1941, la notion de fonds publics doit s'entendre très largement de tous « fonds qu'une entreprise ou une personne reçoit sous une forme quelconque, de tiers ou pour le compte de tiers, à charge de les restituer », le législateur lui-même a institué d'importantes exceptions dans certains cas où les déposants sont personnellement intéressés, notamment en tant que salariés ou associés, à l'activité de la société qui les reçoit.

Ainsi, ne doivent pas être considérés comme reçus du public au sens de l'article 2 de la loi du 13 juin 1941 :

les fonds reçus pour constituer ou augmenter le capital de l'entreprise ainsi que ceux provenant de l'émission d'obligations convertibles en actions (alinéa a), c'est-à-dire tous fonds qui sont ou peuvent devenir des capitaux propres, dont l'entreprise est seule propriétaire,

— les fonds reçus de certaines personnes participant au capital de la société (associés de SARL, associés en nom ou commanditaires dans les sociétés de personnes) et qui sont présumées exercer un droit de regard sur l'exploitation sociale de telle sorte qu'elles ne peuvent être considérées comme totalement étrangères à l'emploi des fonds (alinéa b),

— les capitaux empruntés aux banques ou aux professions connexes visées à l'article 27 - 2° (alinéa c) : si tout tiers constitue le public à l'égard du banquier, le banquier ne peut appartenir au public face à son client. La relation n'est pas réciproque,

— les dépôts du personnel lorsqu'ils ne dépassent pas 10 % du capital (alinéa d).

45. — L'alinéa b de ce texte qui ne considère pas comme fonds reçus du public, ceux qui sont « reçus ou laissés en compte, provenant, dans une société à responsabilité limitée des associés en nom ou des commanditaires », a servi de point de départ à l'ancien Comité d'organisation professionnelle des banques à un raisonnement par analogie qui l'a conduit à restreindre très sensiblement la notion de « dépôts publics » dans les groupes de sociétés. La position de ce comité, sur laquelle les autorités bancaires actuelles ne sont, semble-t-il, pas revenues, figure essentiellement dans une instruction du 7 octobre 1941 (32).

A vrai dire, celle-ci témoigne d'une assez grande liberté prise par le comité d'organisation professionnelle avec les dérogations formellement prévues par la loi. En effet, à côté d'extensions des textes auxquelles invitait assez naturellement l'analogie des situations, cet organisme s'est affranchi des dispositions légales pour « instituer » en réalité une exception nouvelle en faveur des groupes de sociétés.

(32) La date, (v. F. TERRE, art. précit.) voire l'existence même (Cf. DU PONTAVICE, Bull. C.A.C., 1976, n° 22, p. 220) de l'instruction du 7 octobre 1941 étant discutées, il nous a paru utile de rapporter in extenso ce texte en annexe. De prime abord, il semble permis de douter de son champ précis d'application. En effet, compte tenu de l'intention affichée par ses auteurs de « préciser ce que sont et ce que peuvent faire les entreprises et personnes visées à l'article 27 - 2°, de la loi du 13 juin 1941 », on peut être enclin à admettre que l'instruction du 7 octobre ne concerne que les sociétés de financement du groupe dont l'objet consiste précisément, grâce aux fonds qu'elles ont pu rassembler, à effectuer notamment des « opérations de crédit à court et moyen terme » (article 27 - 2°, al. b). A notre avis cependant, on ne saurait pour autant exclure les sociétés exploitantes du domaine d'application de l'instruction. Certes, le comité d'organisation professionnelle ne les a pas envisagées directement. Mais, l'interprétation de l'article 2 de la loi du 13 juin 1941 à laquelle il se livre, même si elle a été effectuée à propos des établissements financiers, a une portée très générale et s'applique à toute personne ou entreprise qui se trouve recevoir des fonds de tiers, ainsi que l'envisage l'article 2 lui-même. (Cf. en ce sens, les propres termes de l'instruction précitée : « il convient donc de préciser nettement ce qu'il faut entendre par "fonds reçus du public..." ». L'article 2 de la loi est très général dans ses termes : "...". Cette formule très générale est tempérée par une série d'exceptions et de précisions qui en éclairent le sens. *Ne sont pas considérés comme fonds reçus du public, tant d'après la loi elle-même, qu'en vertu des interprétations que pourraient admettre le comité...* »).

§ 1 — L'extension par analogie de l'exception prévue à l'article 2 b

A. FONDEMENT DE L'EXCEPTION

46. — L'exception prévue à l'alinéa b de l'article 2 repose sur une idée simple, voire simpliste. Les sociétés de personnes et à responsabilité limitée sont généralement des sociétés de faible dimension dans lesquelles les associés sont en mesure de participer à la gestion. Plus l'équipe est restreinte et plus le poids respectif de chacun de ses membres sera important. Celui d'entre les associés qui remet des fonds à la personne morale peut être présumé pouvoir exercer un droit de regard sur leur utilisation. La dérogation légale se justifie ainsi par la possibilité pour le déposant de suivre et de contrôler l'emploi des fonds déposés : il n'a plus besoin de la protection particulière organisée par la loi bancaire. Celle-ci ne redevient nécessaire que lorsque s'accroît la dimension des sociétés bénéficiaires des dépôts et que s'amenuisent, en fait, les pouvoirs des associés. Ainsi exposé, le fondement de la dérogation légale, loin de permettre son extension par voie d'analogie, semblerait au contraire contraindre à une interprétation restrictive. Spécialement, il peut être soutenu que l'article 2 b ne saurait trouver application dans les sociétés par actions : la loi de la majorité, l'effacement des actionnaires non contrôlaires et leur anonymat rendent nécessaire une protection mal assurée par le droit des sociétés. C'est pourtant de cette idée que procède, sans paradoxe, l'extension aux sociétés par actions du tempérament légal : à l'égard de la société dépositaire, certains actionnaires représentent le public, d'autres non. Telle est la solution retenue par les autorités bancaires.

B. L'EXTENSION DE L'EXCEPTION AUX ACTIONNAIRES CAPABLES DE SUIVRE LA GESTION DES FONDS

47. — Par l'interprétation précitée du 7 octobre 1941, le comité permanent d'organisation professionnelle des banques, devenu le Conseil National du Crédit, a décidé de ne point regarder comme reçus du public, « les fonds remis à une société par actions, soit par ses administrateurs ou gérants, soit par certaines personnes unies à l'activité de l'affaire par des liens particulièrement étroits (commandités de sociétés en commandite par actions, actionnaires possédant une part importante de l'affaire ou qui ont donné leur garantie personnelle pour une somme représentant une part importante de leurs engagements, etc...) » (33).

(33) V. « Les sociétés et le nouveau statut bancaire » Broch. ANSA, juillet 1942, p. 28 ; GERMAIN-MARTIN, rép. DALLOZ, dr. com., 1^{re} éd. Vis Banques et établissements financiers, spéc. n° 21 ; J.P. PIZZIO, « les établissements financiers : contribution à l'étude d'une institution para-bancaire », Thèse Dijon, 1972, p. 55, n° 30.

Une argumentation par analogie est alors parfaitement justifiée : la loi bancaire n'a vocation qu'à protéger les épargnants qui seraient dans l'impossibilité de contrôler l'emploi fait des fonds confiés à un tiers. Or, si le législateur présume que les associés de sociétés de personnes ou à responsabilité limitée sont capables de surveiller l'emploi des fonds prêtés, ce ne sont pas bien entendu les seules personnes en mesure d'opérer ce contrôle. Ainsi, ne font pas partie du public, tous ceux qui disposent dans le cadre des sociétés de capitaux, de pouvoirs importants, ou d'une influence en fait déterminante, tels les actionnaires dominants et surtout, les administrateurs, qui participent au fonctionnement de la société au moins autant que les associés de SARL ou de sociétés de personnes.

48. — Il n'est pas douteux que la formulation en termes généraux de l'instruction du 7 octobre 1941 implique que sont également visées les personnes morales administrateurs ou « gros » actionnaires : une société-mère ne constituera donc certainement pas le public à l'égard de ses filiales. Cependant, même si le pourcentage de capital détenu par un actionnaire, personne physique ou morale, est peu élevé, celui-ci peut ne pas appartenir au public si sa fortune personnelle est étroitement liée à celle de la société dont il a garanti une part importante des dettes. Ainsi, en sera-t-il, par exemple, d'une holding ne détenant qu'une faible participation, directe ou indirecte, dans le capital de la société bénéficiaire des fonds prêtés, si la première a cautionné la seconde pour une part importante de ses engagements.

Il est, en effet, rationnel de permettre à une société caution de soutenir la société cautionnée, en autorisant celle-ci à recevoir un prêt.

Dans de telles hypothèses, on peut admettre que la société créditrice est suffisamment intéressée à la marche des affaires de la société créditée. On peut raisonnablement supposer qu'elle participe à sa gestion et puisse ainsi veiller elle-même à ce que l'emploi des fonds prêtés ne lui soit pas préjudiciable.

49. — Une telle solution ne permet cependant pas encore de singulariser la situation des groupes de sociétés : seuls les prêts et avances consentis par des personnes dirigeant en droit ou en fait la société bénéficiaire ou, à tout le moins, étroitement intéressées à ses affaires, n'émanent pas du public. Mais les prêts effectués par une filiale à sa société-mère ou ceux consentis par toute société du groupe à une autre société dans le capital de laquelle elle ne participerait pas, ou seulement très peu, devraient toujours être considérés comme reçus du public.

50. — La situation des groupes ne sera véritablement particularisée que si l'on consent à élargir le cercle des personnes n'appartenant pas au public à toutes les sociétés contrôlées, et à toutes les sociétés sœurs, en somme à toute société appartenant à un même groupe économique.

Cette solution qu'ont retenue les autorités, ne procède plus d'une interprétation extensive de la formule de l'article 2 de la loi du 13 juin. Elle

implique en fait un ajout à la loi et aboutit dans la réalité à « l'institution » d'une exception nouvelle, propre aux groupes de sociétés (34).

§ 2 — « L'institution » d'une exception nouvelle, propre aux groupes de sociétés

51. — D'après les termes de l'instruction du 7 octobre 1941, ne sont pas regardés comme provenant du public, outre les fonds qu'une société reçoit de sa société-mère, ceux qu'elle reçoit « d'une filiale ou de sociétés d'un même groupe économique, à condition que la société qui reçoit les fonds et celles qui les remettent soient unies dans leur patrimoine et leur activité dans des conditions que le Comité appréciera en tenant compte non seulement des liens juridiques qui les rapprochent mais aussi de leurs rapports de fait. C'est ainsi que les entreprises si étroitement liées qu'elles constituent en réalité une véritable unité économique homogène ne peuvent être considérées comme recevant des fonds du public lorsqu'elles se fournissent les unes aux autres les fonds qu'elles emploient à leurs opérations ».

52. — Cette conception n'est, sans nul doute, pas exempte de dangers dans la mesure où elle implique de laisser hors la protection de la loi bancaire des personnes qui ne trouvent pas dans le droit des sociétés les moyens de s'assurer un droit de regard sur la gestion des fonds et la possibilité d'en suivre l'utilisation faite par la société emprunteuse. Il en va ainsi des sociétés contrôlées qui sont dans l'impossibilité de contrôler l'emploi des fonds prêtés à une société dominante (35).

Mais, de tels risques ont été délibérément acceptés dans les groupes à l'égard desquels la mobilité des capitaux apparaît indispensable afin qu'ils puissent rendre tous les services qui sont attendus d'eux. Encore, faut-il que de véritables liens de groupe soient noués entre les sociétés prêteuse et emprunteuse. Le Comité d'organisation professionnelle a présumé l'existence de tels liens lorsque l'une de ces sociétés a la qualité de société-mère et l'autre celle de filiale, quel que soit leur rôle — remettante ou bénéficiaire — dans l'opération. Mais il est allé beaucoup plus loin en reconnaissant, même en l'absence de liens de filiation, un caractère privé aux fonds reçus par l'une quelconque des sociétés du groupe d'une autre lorsque les sociétés en présence sont « unies dans leur patrimoine et leur activité » et s'insèrent par conséquent dans une structure économique cohérente.

(34) Dans le même sens, v. GAVALDA et STOUFFLET, « Droit de la banque », PUF, p. 75 et 76, selon lesquels, les autorités bancaires ont purement et simplement ajouté aux quatre dérogations légales, une cinquième en faveur des groupes de sociétés.

(35) En ce sens, PASTRE, op. cit., p. 263.

A. PRIVATISATION RÉCIPROQUE DES FONDS APPARTENANT A DES SOCIÉTÉS EN RAPPORT DE FILIATION

53. — Le comité n'a pas entendu conférer aux fonds prêtés par les seules sociétés dominantes le caractère de fonds privés. Cette solution n'eût pas manqué de paraître paradoxale en certains cas. En effet, alors qu'une société dominée pourrait toujours échapper au statut de banque à raison des fonds qu'elle reçoit d'une société dominante, celle-ci en revanche y serait tenue dans la mesure où les prêts reçus de ses filiales seront considérés comme provenant du public. Or, la société dominante peut n'être qu'une société-mère exploitante tandis que la société dominée peut, au contraire, se trouver être une filiale financière spécialisée dans l'octroi de crédits au groupe, grâce aux fonds reçus de sa ou de ses sociétés-mère.

Il était dès lors rationnel d'admettre la réciprocité de la notion de public : si une société-mère ne peut constituer le public à l'égard de sa filiale, celle-ci n'appartient pas non plus au public vis-à-vis de sa société-mère. Les fonds reçus par une société-mère de sa filiale n'émanent pas du public. Mais, que doit-on entendre par « filiale » et « société-mère » ?

54. — La réponse n'est pas évidente. D'une part, en effet, la notion de filiale ne peut être celle de l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 dont les dispositions ne s'appliquent, par l'effet de cette loi, qu'à ses articles 354 à 359, de même qu'elle ne peut correspondre à celle prévue à l'article 145 du code général des Impôts, qui est également spécifique et d'application limitée. D'autre part, s'il existe une définition propre aux lois bancaires régissant les dépôts de fonds qui a été élaborée par la commission de contrôle des banques, cette définition a été donnée à l'occasion des dépôts effectués entre les mains d'un établissement financier (36). Dès lors, on peut se demander si elle a vocation à s'appliquer à toute société du groupe, autre qu'une société financière à proprement parler (37).

55. — A la vérité, rien ne semble s'y opposer. On peut d'abord remarquer que l'instruction n° 20 B du 30 mars 1960, relative aux sociétés financières, a, lorsqu'elle définit les notions de société-mère et de filiale, pour objet de préciser un principe dégagé antérieurement par la CCB dans une première instruction n° 4 B du 3 décembre 1947 (38). En effet, aux termes de

(36) Elle résulte des instructions n° 18 B (relative aux établissements financiers exerçant une activité principale d'intermédiaire dans les opérations sur titres, sur or et de change - actif, § A I a, passif, § P I a), n° 19 B (concernant les établissements pratiquant le financement des ventes à crédit - actif, § A I a, passif, § P I a), n° 20 B (sociétés financières et établissements financiers divers - actif, § A I a, passif, § P I a) du 30 mars 1960 de la commission de contrôle des banques.

(37) Visée spécialement par l'instruction précitée n° 20 B du 30 mars 1960 de la CCB.

(38) V. Juriscl., « Banque et Bourse », fasc. 58-B, n° 12 et s. ; dict. JOLY, prof. réglém., S.A. Banque, n° 7.

celles-ci « ne sont pas non plus considérés comme fonds déposés par le public, les fonds réunis **par des sociétés filiales d'un établissement financier** ou par des sociétés faisant partie d'un groupe financier ou industriel auquel se rattache l'établissement financier ». L'instruction du 3 décembre 1947 exigeait donc, pour son application, que fût défini le terme de filiale, et par ricochet, celui de société-mère. Mais, cette instruction n'est elle-même qu'une application particulière aux sociétés financières du principe général d'interprétation de la réglementation des dépôts dégagé par l'ancien comité d'organisation professionnelle des banques qui concerne toute société quelconque appartenant à un « groupe économique ». Selon cette interprétation, en date du 7 octobre 1941, la similitude des termes utilisés est éloquente, sont réputés ne pas provenir du public « les fonds qu'une société reçoit de sa société-mère, d'une filiale ou de sociétés d'un même groupe économique ».

C'est déjà une raison d'en conclure que la définition de la société-mère et de la filiale énoncée dans les instructions du 30 mars 1960 de la CCB est non seulement applicable aux établissements qu'a spécialement envisagé cet organisme dans son instruction du 3 décembre 1947 mais encore à toute société quelconque, membre d'un groupe économique, qui recevrait des fonds d'une société unie à elle par un rapport de filiation, situation visée dans l'interprétation du comité d'organisation professionnelle du 7 octobre 1941 (39).

56. — La solution est en second lieu parfaitement logique : conçoit-on qu'une filiale puisse être différemment définie selon qu'elle a pour société-mère, un établissement financier ou une société non financière ? Peut-on imaginer qu'une société ait la qualité de société-mère vis-à-vis d'une autre alors qu'on lui dénierait cette qualité à l'égard d'une tierce société dont elle détiendrait pourtant une fraction identique du capital ? C'est pourquoi il faut admettre (40) que les définitions de la filiale et de la société-mère élaborées par la CCB à propos de la réception de fonds par un établissement financier sont généralement applicables à toute société qui reçoit des fonds d'un autre membre du groupe auquel elle appartient.

Mais quelles sont ces définitions ?

57. — Selon les instructions précitées de la CCB du 30 mars 1960, « en principe est considéré comme maison-mère, toute société qui détient 20 % au moins du capital de l'établissement financier ; est considérée comme filiale toute société dont le capital est détenu à concurrence de 20 % au moins par l'établissement financier ». La détention de 20 % du capital semble être le seuil à partir duquel il est permis à une société d'exercer un contrôle sur l'activité d'une autre société.

(39) V. supra, p. 46, n° 51.

(40) En ce sens, PIZZIO, op. cit., p. 61 et s., n° 34 et s. ; PASTRE, op. cit., p. 263 et s.

L'ensemble ainsi formé est alors considéré comme suffisamment structuré et homogène pour que chacune des sociétés cesse d'appartenir au public dans ses rapports avec l'autre (41).

58. — Cependant, sensible à la diversité des causes dont peut procéder le pouvoir de domination caractéristique du groupe, la commission de contrôle ne s'est pas contentée du critère mathématique de la détention d'un certain pourcentage du capital. Selon elle, en effet, « la qualité de maison-mère ou de filiale peut, en outre, résulter, indépendamment de la détention de fonds importants du capital, de la possession d'une créance telle que le débiteur dépende étroitement du créancier ou du fait que conventionnellement un établissement dirige la gestion administrative, commerciale, technique d'un autre établissement » (42).

Sans doute, on l'a observé (43), l'exigence d'une créance préalable ne doit pas être interprétée à la lettre. Une créance antérieure, consécutive à une opération financière interdite, ne saurait légitimer à l'avenir d'autres opérations de dépôt. En réalité, cette créance pourra soit résulter d'une opération commerciale passée avec le débiteur qui, par exemple, aura acheté à crédit, soit d'une opération financière licite, par exemple un emprunt à plus de deux ans de terme ou même un emprunt à échéance plus rapprochée lorsque les fonds obtenus peuvent, en considération du groupe économique, ne pas être regardés comme provenant du public.

59. — L'autre hypothèse que décrit la commission vise les divers contrats, notamment en matière de recherche, d'approvisionnement ou de distribution, par l'effet desquels une société perd son indépendance au profit d'une autre et qui sont de pratique courante dans les groupes de sociétés. L'origine, institutionnelle ou contractuelle, de la dénomination importe donc peu. Si le contrôle existe, la société dominante peut être qualifiée de société-mère, la société dominée de filiale même si la fraction de capital détenue par la première peut paraître peu élevée.

60. — La conception qu'ont les autorités bancaires de la notion de filiale n'est pas seulement originale par la diversité des causes dont celle-ci peut procéder. Elle l'est aussi en raison du fait qu'elle permet de considérer, outre des liens de filiation directs, des degrés de filiation plus éloignés (44). La

(41) Comp. la solution retenue par l'article 5, 2° de la loi du 2 décembre 1945 qui interdit en principe aux banques de dépôt de prendre dans des entreprises commerciales ou financières une participation supérieure à 20 %, ce qui constitue leur véritable particularité face aux banques d'affaires.

(42) Instruction précitée n° 20 B du 30 mars 1960, A A-b ; v. égal. juriscl., « Banque et Bourse », fasc. 58 B, spéc. n° 13 (1°, b).

(43) PASTRE, op. cit., p. 265.

(44) Instruction précitée, n° 20 B, du 30 mars 1960.

commission de contrôle admet, en effet, que les fonds remis (ou reçus) par une société-mère à (ou de) l'une de ses sous-filiales ne proviennent pas du public lorsque certaines conditions sont réunies. Celles-ci seront nécessairement plus rigoureuses qu'en cas de filiation au premier degré. Ainsi le Conseil National du Crédit exige-t-il que la société remettante contrôle (indirectement) 50 % du capital de la société bénéficiaire, ou soit contrôlée à concurrence de cette fraction par elle. Le principe est donc que la filiale directe (B) de la société-mère, emprunteuse ou prêteuse (A), détienne un pourcentage du capital de sa propre filiale (C) tel que la multiplication des coefficients, dans les rapports A et B, et B et C aboutisse à un total au moins égal à 50 %.

Ainsi, si une société-mère (A) ne détient que 50 % d'une société (B), celle-ci devra détenir 100 % d'une société (C) pour que, dans les rapports de A et de C, les fonds reçus ne soient pas considérés comme provenant du public. En pareil cas, en effet, les coefficients multipliés ($100 \% \times 50 \%$) permettent de dégager un pourcentage de maîtrise de C par A égal à 50 %. La prise en compte de liens indirects de filiation dépend par conséquent de la possession indirecte par le créateur d'au moins 50 % du capital de la firme créditée, ce qui ne serait pas le cas si, par exemple, la société B, mère de la société C, ne détenait qu'une participation comprise entre 20 % et 50 % de cette dernière, alors que la société A ne détiendrait que 50 % du capital de sa filiale directe B (45).

61. -- Il peut cependant se trouver dans un groupe qu'un prêt soit réalisé entre deux sociétés qui, directement ou indirectement, ne participent pas au capital l'une de l'autre, ou, pour le moins, dans une proportion insuffisante par rapport aux minima qui viennent d'être décrits. Aux yeux des autorités bancaires, de telles circonstances ne sont pas décisives lorsque les sociétés sont unies « dans leur patrimoine et leur activité ». L'existence de ces rapports fait alors obstacle à ce que la société prêteuse constitue le public à l'égard de la société emprunteuse.

(45) Comp. PASTRE, *op. cit.*, p. 264. Selon cet auteur, il suffit que A détienne 20 % du capital de B, si celle-ci détient à son tour 50 % du capital de C, ou encore, ce qui revient au même, que A possède 50 % de B, si B possède 20 % de C. Mais cette solution ne peut être admise car elle aboutit avec le système appliqué par le Conseil National du Crédit, de la multiplication des coefficients, à un degré de maîtrise de C par A de 10 % ($50 \% \times 20 \%$), c'est-à-dire un pourcentage inférieur à celui exigé par les autorités bancaires en cas de filiation au premier degré. Cela semble non seulement illogique dans la mesure où l'interposition d'une ou de plusieurs filiales doit normalement se traduire par un renforcement de la fraction du capital détenu, mais encore contraire à la doctrine actuelle du Conseil National du Crédit.

B. PRIVATISATION RÉCIPROQUE DES FONDs APPARTENANT
A DES SOCIÉTÉS UNIES
« DANS LEUR PATRIMOINE ET LEURS ACTIVITÉS »

62. — Cette formule, assez vague, figure dans l'interprétation donnée par l'ancien comité d'organisation professionnelle des banques, en date du 7 octobre 1941 (46). Elle doit être précisée. Il semble que la situation envisagée soit la suivante : autant il doit s'avérer malaisé, pour des observateurs d'attention moyenne, de dissocier nettement les créances, dettes et activités respectives de la société remettante et de celle qui reçoit les fonds, autant ces deux sociétés doivent, avec le reste de leur groupe, former un bloc homogène, manifestement distinct de toute autre entreprise (47).

63. — Or, il ne devient vraiment délicat de distinguer deux sociétés que lorsqu'elles appartiennent à un même ensemble économique cohérent et que leurs activités professionnelles dans ce cadre global sont si proches ou complémentaires que seul les différencie, au plan intellectuel, le cloisonnement institué par le droit. L'assimilation n'est concevable que lorsque les sociétés apparaissent comme de simples maillons qu'assemble et articule une autorité centrale.

Les capitaux existant au sein du groupe peuvent alors sembler appartenir à une seule et même collectivité. Ils apparaissent « privés ». Ce n'est que passé les frontières du groupe que commence le public. Mais, une telle situation suppose bien évidemment que le groupe, non seulement réalise une intégration économique mais encore soit capable d'accomplir ses activités et de fonctionner, sinon en « vase clos », du moins sans besoin vital de forces extérieures. Ce n'est en effet qu'à cette condition que les sociétés groupées constituent réellement « un ensemble isolé du reste des entreprises, c'est-à-dire du public » (48).

En pareil cas, la privatisation des fonds peut être totale dans le groupe et la collecte même habituelle des capitaux en son sein échappera au monopole bancaire.

64. — Cette analyse aboutit en fait à une véritable discrimination entre d'une part les véritables groupes qui intègrent une fonction économique (ou plusieurs, lorsqu'elles sont complémentaires) et d'autre part, les conglomerats, simple assemblage de sociétés pour des motifs de stricte opportunité financière ainsi que les groupes personnels dont l'unité de direction résulte de la communauté des dirigeants.

(46) V. annexe p. 335 ; v. égal. pour les établissements financiers l'instruction précitée n° 4 B de la CCB, en date du 3 décembre 1947.

(47) V. sur ces points, P.C. DUPONT, « Le contrôle des banques et la direction du crédit en France », Dunod 1952, p. 116.

(48) DUPONT, op. et loc. cit.

En effet, ni les conglomérats, ni les groupes personnels ne forment un bloc économique suffisamment homogène pour se distinguer nettement du reste des entreprises. Il n'existe aucune stratégie industrielle ou commerciale d'ensemble au service de laquelle les sociétés membres sont placées (49). Celles-ci n'entretiennent aucun de ces rapports économiques, constants, ininterrompus que réclame l'organisation même des véritables groupes de sociétés. Leurs rapports d'affaires sont, dans le meilleur des cas, occasionnels, sporadiques. Leurs activités sont dénuées de toute interdépendance (50). Les sociétés membres de tels ensembles peuvent être assez aisément individualisées et assimilées à des sociétés restées indépendantes dont rien ne les distingue vraiment. Dès lors, il est parfaitement logique que les unes persistent à constituer le public à l'égard des autres. Cette solution, au demeurant, n'emporte aucun préjudice pour le « groupe » lui-même, au sein duquel ne s'éprouve pas le besoin d'intenses et constants échanges financiers.

A défaut de rapports directs de filiation, il semble donc que les fonds des sociétés appartenant à de tels ensembles persistent à devoir être considérés comme publics dans les rapports inter-sociétés.

65. — Cependant, il faut le souligner, les règles qui viennent d'être exposées résultent pour l'essentiel d'une interprétation très extensive des dispositions légales par les autorités bancaires. On ne peut dès lors manquer de s'interroger sur leur efficacité juridique dans la mesure où elles conduisent, toutes, à « refouler une interdiction légale par extension du domaine d'une exception » (51). En effet, non seulement les exceptions sont de droit strict mais il paraît également douteux qu'elles puissent être étendues par de simples instructions (52). Ces critiques sont d'autant plus pertinentes que, parfois, comme nous l'avons noté, il ne peut plus s'agir d'une interprétation mais de l'institution d'une exception nouvelle par les autorités bancaires qui ne peut plus, dans la réalité, s'appuyer sur une dérogation formellement admise par le législateur.

66. — Sans doute, le procédé utilisé étant sujet à caution, eut-il mieux valu que le législateur fixât lui-même un régime dérogatoire en ce qui concerne les dépôts de fonds réalisés entre sociétés d'un même groupe.

(49) En ce sens, pour les groupes personnels, PASTRE ; op. cit., p. 266.

(50) Ainsi la formule conglomérale tend-elle bien au contraire, à faire exploiter par les sociétés membres des entreprises très différentes les unes des autres en vue de la plus grande diversification des risques. A travers elle, on s'efforce précisément d'obtenir la plus faible interdépendance des activités des sociétés membres de façon à ce que la ruine éventuelle de l'une ne puisse entraîner celle des autres. Du même coup se manifeste avec évidence le défaut d'objectif économique commun.

(51) TERRE, art. précit., in « Economie et Comptabilité », mars 1975, p. 20 et 21 ; DU PONTAVICE, Bull. C.A.C., 1976, n° 22, spéc., p. 224.

(52) DU PONTAVICE, op. et loc. cit.

On doit cependant remarquer que le législateur a donné toute latitude aux autorités bancaires en leur conférant l'initiative de diligenter des poursuites à l'encontre des contrevenants à l'interdiction de recevoir des dépôts publics. En effet, le Conseil National du Crédit ne possédant pas la personnalité juridique (53), seule la Commission de Contrôle des Banques ainsi que l'Association Française des Banques sont en vertu de l'article 21, 2^o de la loi du 13 juin 1941 (54) habilitées à se constituer partie civile ou saisir sur plainte préalable les autorités de poursuites en cas d'infraction au monopole bancaire de réception des fonds publics (55). Premiers organismes à décider de l'opportunité d'une poursuite, en vertu de la loi elle-même, il paraît difficile de leur reprocher une éventuelle abstention comme d'ailleurs de les empêcher d'exprimer, à travers des instructions, leur doctrine propre.

67. — Sur un plan pratique, de telles instructions sont indéniablement précieuses et fort opportunes puisqu'elles permettent une détermination relativement proche de la réalité du cercle des sociétés constituant ou non le public à l'intérieur du groupe. Sans doute même, les critères retenus gagneraient-ils, aux yeux des dirigeants de groupe, à être plus précis et, le cas échéant, améliorés (56).

De fait, en l'état actuel de la législation bancaire et de la « jurisprudence » suivie par les autorités chargées de l'appliquer, si l'on excepte les critères de distinction purement objectifs (57), les dirigeants de groupe ne pourront manquer dans certaines situations (58) de s'adresser au Conseil National du Crédit pour solliciter son avis.

(53) Cf. RIVES-LANGE, art. précit., n^o 110.

(54) En pratique, seule la CCB exerce cette prérogative.

(55) Les sociétés remettantes ne peuvent se constituer parties civiles pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé la gestion des fonds remis à un établissement non habilité à les recevoir. L'incrimination ne protège que l'intérêt général et celui de la profession bancaire (v. crim. 10 mai 1972, JCP 1972, IV, 162).

(56) DU PONTAVICE, art. précit.

(57) Rappelons que par application de tels critères, les fonds reçus par une SARL de ses associés, par une société de personnes de ses associés en nom ou ses commanditaires, situations prévues à l'article 2 b de la loi du 13 juin, et par extension de ce texte, les fonds reçus par une société anonyme de ses administrateurs, de même que les capitaux reçus par la société-mère d'une filiale (dont la première possède au moins 20 % du capital) ou d'une sous-filiale (à condition que la mère possède indirectement, à travers sa filiale directe, un pourcentage d'au moins 50 % du capital de la sous-filiale) ne constituent pas des fonds reçus du public.

(58) Ainsi, pour l'appréciation de la qualité de gros actionnaire ou de l'importance de l'engagement de caution pris pour la société, de la société remettante. De même et surtout, en ce qui concerne l'intégration économique réalisée par le groupe ainsi que l'interdépendance et l'homogénéité de ses membres face aux tierces entreprises.

68. — Une nette tendance paraît cependant se dégager des prises de position successives, tant de ce Conseil que de la Commission de Contrôle des Banques : les véritables groupes de sociétés, c'est-à-dire ceux qui par le jeu de participations réalisent un ensemble hiérarchisé de sociétés articulées en vue d'un objectif économique commun, doivent être favorisés. Eux seuls, en effet, à l'exclusion des groupes personnels et des conglomérats, exigent, par leur organisation même en unités interdépendantes, une constante perméabilité patrimoniale et, par conséquent, la possibilité pour chacune d'elle de recevoir, en cas de besoin, les capitaux des autres. Tout frein mis à la libre circulation des ressources en leur sein leur sera inéluctablement préjudiciable.

69. — Reconnaître à chacun des membres du groupe le droit de recevoir des fonds des autres implique certainement un risque pour le déposant ou le prêteur. Bien souvent même, c'est lui refuser l'ultime protection à laquelle il pourrait prétendre (59). Mais, après tout, les intérêts des épargnants ne sont que des intérêts particuliers qui doivent, en cas de conflit, céder la place à ceux de la collectivité nationale. Or, à ce point de vue, la conception très large adoptée par les autorités bancaires trouve son entière justification : en donnant à toute société du groupe la faculté de recevoir des fonds qui s'y trouvent sans emploi, elles permettent en effet une rationalisation de la gestion financière des sociétés groupées et la rentabilité optimale de leurs capitaux. Ce faisant, elles permettent aussi d'éviter un gaspillage des ressources préjudiciable à l'économie nationale. Cela se vérifie surtout lorsque l'une des sociétés du groupe collecte, à l'échelle de celui-ci, les excédents de trésorerie d'une façon régulière et systématique.

Encore, faut-il cependant, pour que l'intérêt général y trouve un réel avantage, que les fonds centralisés puissent être réemployés en prêts et avances au sein du groupe au profit de ses unités à besoin de financement.

(59) V. Supra, p. 40, n° 52.

CHAPITRE II

CONDITIONS RELATIVES A L'OCTROI DE PRÊTS ET AVANCES A L'INTÉRIEUR DU GROUPE

70. — Nous avons pu constater, à l'issue du précédent chapitre, que dans les véritables groupes, corsetés par un dense réseau de participations, toute société membre peut se voir reconnaître le droit de recevoir des prêts sur des fonds appartenant à une société affiliée sans enfreindre le monopole bancaire de réception des dépôts. Mais la législation bancaire permet-elle à toute société de prêter ses fonds à un autre membre de son groupe ? Ici encore, le problème se pose à un double niveau : celui des sociétés exploitantes et celui des sociétés de financement.

Les sociétés exploitantes peuvent être sollicitées de prêter ou d'avancer leurs capitaux soit à d'autres sociétés d'exploitation, au titre d'opérations dites de « face à face » (60), soit à la société de financement qui sera « la société financière » proprement dite ou bien à une holding ou encore à leur société-mère. Toute société du groupe peut donc être amenée à accomplir des opérations qui ressortissent typiquement au commerce de banque. En particulier, la holding et la filiale financière spécialisée du groupe semblent agir comme des banques dont la seule particularité réside dans le cercle restreint de la clientèle à laquelle elles s'adressent.

71. — Doit-on pour autant obliger ces sociétés à solliciter leur inscription sur la liste des banques et à se soumettre au statut contraignant prévu par le législateur à l'égard de tels organismes ? La réponse est négative : si la société ne consent de prêts qu'à l'aide de fonds non reçus du public ou de fonds assimilés — notamment, ceux provenant exclusivement d'un groupe économique — elle n'a pas à adopter le statut de banque.

72. — Mais, si les groupes ne sont pas en vertu de la loi tenus de créer une banque pour répartir les fonds collectés en leur sein, on peut se demander pourquoi certains d'entre eux, notamment parmi les plus importants, constituent ou s'annexent un organisme bancaire ? (61).

(60) Sur ces opérations, v. *supra*, p. 25, n° 26.

(61) Parmi les principales « banques de groupe » installées en France, on peut citer :
— la Compagnie Européenne de Banque, créée en 1962, (actionnaire majoritaire : Transamerica corp. : 98 %) ;

Il semble que le recours à une structure de banque, s'il n'est pas obligatoire, présente une utilité pratique incontestable, chaque fois que les fonds communautaires se révèlent insuffisants à couvrir les besoins du groupe ; en effet, il devient alors nécessaire de s'assurer un accès permanent à l'épargne publique. Pour atteindre cet objectif, le groupe peut soit intégrer une structure bancaire propre (62), soit accepter d'entrer dans la mouvance de grandes banques d'affaires.

-
- la Société Financière de Banque, 250^e banque française, directement contrôlée par l'une des holdings du groupe PEUGEOT-CITROEN ;
 - la Société Industrielle de Banque, 146^e banque française, créée en 1931 par les principaux producteurs de tubes d'acier (VALLOUREC : 90 %) ;
 - la Caisse de Crédit pour l'Équipement en Machines Outils - Crédimo - créée en 1951 par le syndicat des constructeurs de machines outils et l'Union Industrielle de Crédit (ERNAULT-SOMUA : 25 %) ;
 - Électrobanque, 112^e banque française créée en 1928 (actionnaires prépondérants : CGE et CCF) ;
 - Compagnie Internationale de Banque, créée en 1965 (REVILLON-FRÈRES : 80 %) ;
 - Banque Veuve Morin-Pons, 94^e banque française, dont le groupe Pricel (famille Gillet) détient 81,7 % du capital ;
 - Banque La Prudence, créée en 1895 (La Mure : 90,66 %) ;
 - Crédit Chimique, 28^e banque française, créée en 1889 (Comp. générale de Participations Industrielles et Financières, du groupe PUK : 37,5 % ; Société Française des Combustibles Liquides, du groupe CFP : 37,5 % ; Atlas Participation France, filiale de la Kommerzbank : 10 % ; Wells Fargo International Investissement corp. : 15 %) ;
 - Banque SORHOFI, 215^e banque française, inscrite en 1968 (S.P.I.M., une des holdings du groupe Michelin : 91,66 %) ;
 - Banque Vernes et Commerciale de Paris, 39^e banque française, (Groupes « Air Liquide » et « Beghin » par l'entremise du holding qui contrôle la banque ; Dassault : 30 % ; CGE : 10 %) ;
 - Banque de l'Union Maritime et Financière (DELMAS-VIELJEUX) ;
 - Banque de l'Union Européenne (groupe EMPAIN-SCHNEIDER), (Sources : SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, 1976 ; « La Banque et les Groupes Industriels... », op. cit., p. 107 et s.).

(62) Sur la notion de banque de groupe, v. VASSEUR, « l'État, banquier d'affaires », Dalloz, 1962, p. 96 et s. ; PIZZIO, op. cit., p. 101, n° 62 et s. ; PASTRE, op. cit., p. 251 ; MAROIS, « groupes à dominante industrielle et commerciale et banques de groupe », rev. Banque, nov. 1978, p. 1242 et s. A l'inverse de la banque d'affaires qui a vocation à contrôler de vastes ensembles de sociétés et à créer des conglomérats ne recherchant aucune concentration économique mais une division des risques par l'émission des activités, la banque de groupe reçoit son « impulsion du groupe industriel qui a été à l'origine de (sa) création » et évolue « dans la relative dépendance » de celui-ci. Elle se caractérise à la fois par une spécialisation moins grande de son portefeuille, une plus grande stabilité de celui-ci et la détention de participations d'un taux plus élevé que la moyenne des banques d'affaires (VASSEUR, op. cit., p. 98). Dans la réalité pourtant, il est souvent difficile, en raison de l'enchevêtrement des participations, de discerner qui, de la banque d'affaires ou de la société industrielle, est en mesure d'imposer ses vues à l'autre. Parfois, l'interpénétration du secteur bancaire et du secteur industriel est si forte, par exemple, dans le groupe ROTHSCCHILD, qu'il est quasi-impossible de préciser lequel est prédominant. En outre, la marge d'autonomie laissée par la banque à l'entreprise industrielle, et vice-versa dans le cas d'une banque intégrée à un groupe à dominante industrielle, est loin d'être négligeable dans la pratique.

Mais, quel que soit le mode de relations entretenu avec le système bancaire, il est assez rare dans la pratique que les très grands groupes puissent se passer de liens organiques avec lui pour financer leur croissance (63) (64).

73. — Il est bien évident cependant que l'octroi de prêts par une banque ne pose aucun problème spécifique. En revanche, l'accomplissement de telles opérations par des sociétés du groupe n'ayant pas le statut de banque, ce à quoi la loi ne les oblige pas en raison de l'origine non publique des capitaux utilisés, les contraint en principe à solliciter leur enregistrement comme établissement financier. Il n'en sera toutefois ainsi que lorsque la société fait profession habituelle de prêter ses fonds, que ce soit à titre principal (article 1^{er}, loi du 14 juin 1941) ou à titre accessoire à son activité principale (article 2^o, loi du 14 juin 1941). Si l'octroi de prêts est purement occasionnel, situation visée par l'article 3 de cette loi, la société prêteuse échappe à l'obligation d'enregistrement et aux contraintes inhérentes au statut d'établissement financier mais elle devra alors «se conformer aux prescriptions de la réglementation bancaire relative aux opérations» accomplies (article 12). On s'aperçoit ainsi que le contenu de la réglementation applicable à l'organisme prêteur dépend essentiellement de la fréquence des opérations de crédit qu'il effectue. Cependant, toute opération de prêt ou d'avance n'assujettit pas la société qui la consent au respect d'une réglementation. Il importera donc d'abord de définir le domaine des prêts et avances réglementés.

(63) Il existe, certes, de notables exceptions. Mais, elles s'expliquent, semble-t-il, par le fait que les groupes concernés sont assurés, par d'autres voies, de la régularité de leurs ressources de financement. Ainsi, le groupe HONEYWELL-BULL, n'éprouve-t-il nul besoin de s'annexer une banque ou, à l'inverse, de s'ouvrir au système bancaire. Son importance stratégique lui permet en effet d'espérer le soutien financier de l'État français en cas de difficultés. Il en va de même pour le groupe ROUSSEL-UCLAF qui peut compter sur le concours de la firme géante HOECHST. (Cf. « la banque et les groupes industriels... », op. cit., p. 161).

(64) Outre le rôle de la banque quant à la collecte des fonds dans le public, celle-ci, ayant accès au marché financier et monétaire, peut jouer « le rôle d'un organe d'information et de conseil bancaire auprès de la société-mère et les sociétés sœurs » de même qu'« elle constitue... l'intermédiaire qualifié du groupe auprès de la Banque de France et des institutions financières » (PASTRE, op. cit., p. 251 ; MAROIS, art. précité).

SECTION I

Domaine des prêts et avances réglementés

74. — Le législateur se réfère aux dispositions de l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin 1941 pour définir les opérations de banque dont l'accomplissement met à la charge de la personne ou de l'entreprise, non inscrite sur la liste des banques, qui s'y livre, les obligations prévues aux articles 1°, 2°, 3° de la loi du 14 juin.

Parmi d'autres opérations, l'article 27 - 2° vise formellement « les opérations de crédit à court ou moyen terme ».

A priori, aucun problème ne semble ainsi se poser dans la mesure où les prêts et avances sont bien évidemment des crédits-type. Seulement, toutes les opérations de cette nature ne sont pas soumises à la réglementation bancaire. D'abord, la loi elle-même n'y soumet que les crédits à court et à moyen terme, le financement à long terme restant dès lors en principe totalement libre. La loi ne définit toutefois pas ces notions. Ensuite, elle ne précise pas non plus la notion de crédit elle-même. Or, il est une difficulté que soulève cette notion dont la solution emporte une importance pratique non négligeable dans les groupes de sociétés : le crédit implique-t-il nécessairement une rémunération pour celui qui le consent ? Dans l'affirmative, tout prêt gratuit échapperait alors à la réglementation. Nous montrerons que cette solution ne saurait toutefois être retenue, après avoir précisé la durée des crédits réglementés.

§ 1 — Durée des crédits réglementés

75. — Les opérations de crédit à long terme ne sont pas visées par l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin 1941. Toute personne peut ainsi accomplir ce type d'opérations, même habituellement, à titre principal ou accessoire, sans avoir à solliciter l'enregistrement comme établissement financier auprès du Conseil National de Crédit. Toutefois, s'il s'agit de crédits immobiliers ou hypothécaires, une déclaration d'activité devra être effectuée aux termes de l'article 5 b de la loi du 14 juin 1941. Le législateur n'ayant pas précisé la durée du long terme, il est d'usage de se référer aux règles de réescompte de la Banque de France. Si les crédits à moyen terme mobilisables auprès de l'Institut d'émission ne pouvaient dépasser cinq ans, le conseil général de la Banque de France a admis, par une décision du 23 septembre 1965, de mobiliser des crédits à moyen terme d'une durée égale à sept ans. Ainsi, ne constituent des prêts à long terme que ceux supérieurs à cette durée. L'accomplissement d'opérations d'une durée inférieure tombe désormais sous le coup de l'article 27 - 2° b de la loi du 13 juin.

Mais nous avons déjà montré que la restriction des financements libres aux opérations de longue durée n'a qu'une faible incidence dans les groupes

de sociétés (65). En revanche, l'exigence par la réglementation bancaire d'une rémunération de l'opération serait d'une tout autre portée compte tenu de la relative fréquence des prêts inter-groupe gratuits. Cependant, aux yeux du législateur de 1941, l'existence d'une rémunération est indifférente.

§ 2 — Indifférence d'une rémunération

76. — Le législateur n'a pas défini les termes « opération de crédit », sans doute à dessein (66). Il convenait, en effet, de saisir « toute forme de crédit connue ou à connaître » (67) et non telle variété particulière.

Les auteurs admettent cependant, de façon unanime, que faire crédit, c'est remettre immédiatement un bien à un emprunteur, en échange d'une contre-prestation différée (68). Le décalage accepté entre la prestation actuelle du créancier et la prestation différée du débiteur entraîne, à la charge du premier, l'existence d'un risque. Celui-ci est inhérent à la notion même de crédit et implique habituellement, autant qu'il la justifie, la stipulation d'une rémunération en faveur du créancier.

De fait, certains auteurs (69) estiment qu'un taux d'intérêt prédéterminé, loyer de l'argent avancé, doit nécessairement accompagner toute opération de crédit. Dès lors, les prêts et avances gratuits échapperaient à la réglementation bancaire car il ne s'agirait pas d'« opérations de crédit » au sens de l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin.

77. — Nous ne pouvons adhérer à cette opinion. A notre avis, l'absence d'une rémunération financière, d'un taux d'intérêt, ne suffit pas à exclure la qualification d'opération de crédit. En effet, le taux d'intérêt n'est rien d'autre que l'expression la plus habituelle du prix que le prêteur exige de l'emprunteur pour consentir à renoncer à la liquidité totale en échange d'un droit de créance à liquidité plus réduite (70).

(65) V. *supra*, p. 37, n° 33 ; p. 40, n° 39.

(66) GAVALDA, note sous C.E., 13 mars 1970, sem. jur., 1970, II, 16417.

(67) PIZZIO, *op. cit.*, p. 158, n° 104 ; V. égal. M. CABRILLAC et RIVES-LANGE, RTD co 1970, p. 754 ; RIVES-LANGE, *rép. com.* précité, n° 73.

(68) HENRION, « Aspects juridiques et économiques du crédit à court terme », 3^e tir., Éd. Univ. Bruxelles, 1973, p. 9, n° 1 et les auteurs cités.

(69) RIVES-LANGE, *rep. Dalloz, com. préc.*, n° 73, GAVALDA, note sous T.G.I., Paris, 13 avril 1970, D.S. 1971, p. 258. L'opinion de cet auteur a depuis évolué : « L'absence d'intérêts, écrit-il, en effet, ... ne disqualifie pas en droit l'opération qui reste un crédit » (« Le crédit gratuit », *chr. XLV, D. 1979*, p. 277 et s., spéc. p. 280).

(70) KEYNES, « Théorie générale de l'Emploi, de l'Intérêt et de la Monnaie », Paris, 1949, Payot.

Mais il n'est pas la seule envisageable. On conçoit fort bien que le crédit puisse être gratuit si le créancier trouve un autre intérêt, au sens large, à l'échange. Cette proposition se vérifie aisément dans les groupes de sociétés : quand il s'agit de sauver une filiale de la ruine, d'aider son principal client ou fournisseur à redresser ou à développer ses affaires, il y a d'autres intérêts en jeu, et bien plus considérables que la simple considération de rendement des capitaux (71).

Un intérêt financier représente donc une forme de rémunération courante mais parfaitement substituable. Il n'est donc pas une condition essentielle d'une opération de crédit. Telle est l'opinion du Conseil National du Crédit qui range les crédits non rémunérés dans la catégorie des « opérations de crédit » que vise l'article 27 - 2° (72).

Mais, l'accomplissement d'opérations réglementées n'implique pas l'application d'un statut uniforme à leur auteur. Le contenu de la réglementation diffère en effet profondément suivant que les financements présentent un caractère habituel ou occasionnel.

SECTION II

Fréquence des prêts et avances et réglementation applicable

78. — La réglementation du crédit, contrairement à celle des dépôts, ne vise pas tant la protection de l'épargne publique qu'à veiller à l'affectation des capitaux recueillis aux emplois les plus conformes aux besoins de l'économie (73). Les perspectives, de ce fait, se modifient sensiblement.

On peut soutenir, bien que le délit de réception illicite de dépôts doive être considéré comme une infraction d'habitude (74), que la sauvegarde des intérêts des déposants s'impose à raison de chaque dépôt reçu du public, avec une force égale. En revanche, seule une activité financière exercée à titre habituel réclame, semble-t-il, une surveillance active et une réglementation contraignante. Seule une telle activité est, en effet, de nature à exercer une influence appréciable sur l'activité économique, à la différence des

(71) V. titre II.

(72) Réponse du Directeur des Banques et des Établissements Financiers (Direction Générale du Crédit de la Banque de France) du 6 mai 1981 à une question posée par l'auteur.

(73) Cependant, le contrôle du crédit ne peut se détacher du contrôle de l'origine des fonds pour n'examiner que leur seul emploi car il n'est réellement efficace que si « l'épargne est recueillie par des intermédiaires officiels strictement surveillés » (GAVALDA et STOUFFLET, op. cit., p. 80, n° 60).

(74) V. supra, p. 41, n° 41.

financements purement occasionnels qui ne sauraient perturber sensiblement les circuits de distribution du crédit en raison de leur incidence limitée.

De fait, le législateur, sensible à cette analyse, a institué des régimes différents suivant que les opérations décrites à l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin 1941 sont effectuées à titre habituel, dans le cadre d'une profession principale ou accessoirement à celle-ci, ou encore de façon purement occasionnelle, hors du cadre professionnel.

§ 1 — Accomplissement habituel des opérations de prêts et avances visées à l'article 27-2°

79. — Les opérations de crédit à court ou à moyen terme consenties habituellement, à titre principal ou simplement à titre accessoire de l'activité principale, obligent leur auteur à solliciter son enregistrement sur la liste des établissements financiers établie par le Conseil National du Crédit. Cette proposition peut ne pas emporter la conviction pour deux raisons : elle semble d'abord insuffisante, ensuite contraire à la lettre même de la loi.

80. — Elle semble insuffisante dans la mesure où l'article 27 - 2° n'évoque pas seulement la circonstance d'habitude mais exige la condition de « profession habituelle ». Or, les deux notions ne sont nullement équivalentes puisque la deuxième, plus complète que la première, suppose en principe, outre la répétition d'actes de même nature, une organisation matérielle durable et spéciale servant de moyen d'exercice à une telle activité ainsi que la possibilité pour le « professionnel » d'en retirer les ressources nécessaires à son existence.

Cependant, la proposition sus-énoncée peut se réclamer d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle (75) qui se contente de constater le caractère répété des opérations de banque irrégulièrement effectuées, en négligeant le cadre professionnel dans lequel celles-ci doivent avoir été opérées, aux termes de la loi.

Cette conception paraît mériter l'approbation puisqu'elle permet, seule, de réprimer tous les comportements que le législateur a proscrits. On peut observer d'abord, sur un plan général, que si le caractère professionnel devait être rigoureusement exigé, les agents exerçant dans l'ombre, sans établissements matériels apparents, c'est-à-dire en réalité les plus dangereux, pourraient impunément s'ingérer dans la distribution du crédit et développer leurs activités en marge de la législation bancaire et para-bancaire (76).

(75) Crim. 20 février 1958, Bull. crim., p. 305, n° 181 ; crim. 30 janvier 1969, sem. jur., 1970, 16319, note GAVALDA.

(76) V. Trib. correct. SEINE, 30 juillet 1947, JCP 1948, II, 4287, note LE ROY.

Ensuite, au cas particulier des groupes, si l'intention de satisfaire par l'exercice de l'activité financière illicite aux besoins de son existence devait être établie, les prêts et avances non rémunérés, parfois consentis dans une optique de solidarité, dispenseraient leurs auteurs du statut d'établissement financier. Or, un crédit sans intérêt, un crédit gratuit, reste juridiquement un crédit envisagé par l'article 27 - 2° (77).

81. — Mais, et c'est la deuxième objection que l'on pourrait opposer à notre proposition initiale, l'exigence du caractère habituel de l'accomplissement d'opérations financières accessoires ne contrevient-elle pas à l'article 2 de la loi du 14 juin 1941 ? L'objection paraît devoir s'imposer : l'article 2 soumet en effet à l'enregistrement à titre accessoire, « les entreprises ou personnes qui, **sans faire profession habituelle d'accomplir une ou plusieurs des opérations visées à l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin 1941**, accomplissent une ou plusieurs de ces opérations comme objet accessoire de leur activité principale ». De prime abord, la formule légale impliquerait donc que ne sont pas visées par l'enregistrement à titre accessoire, les activités habituelles prévues à l'article 27 - 2° qui seraient accessoires à une activité principale non financière.

Cependant, la doctrine a montré (78) qu'il ne fallait pas prendre au pied de la lettre cette formulation du législateur. Il semble en effet s'agir d'une maladresse de rédaction : l'accent semble devoir être mis plus sur le mot « profession » que sur le terme « habituel ». L'article 2 exclut le professionnel de la banque et de la finance. Sinon d'ailleurs, il n'y aurait guère de différence entre l'article 2 et l'article 3 de la loi du 14 juin 1941, ce dernier texte visant l'**accomplissement occasionnel** de l'une ou de plusieurs opérations visées à l'article 27 - 2° de la loi du 13 juin 1941. « En fait, écrit M. PIZZIO (79), et le titre III de la loi du 14 juin 1941 le confirme, on a voulu viser ici les entreprises ou personnes qui effectuent les opérations précitées à titre habituel, en précisant toutefois qu'elles traitent celles-ci seulement accessoirement à leur exploitation principale ». L'activité financière, principale aussi bien qu'accessoire, doit ainsi présenter un caractère habituel pour justifier l'enregistrement comme établissement financier.

82. — L'habitude, quant à elle, est une circonstance de pur fait, souverainement appréciée par les juges du fond (80). S'il suffit, selon le Conseil d'État, d'opérations financières « même pratiquement peu nombreuses ou peu importantes » (81), la chambre criminelle de la Cour de

(77) V. *supra*, p. 59, n° 77.

(78) V. CABRILLAC, note sous T. corr. Nice, 9 juin 1958, JCP 1959, 10953 ; PIZZIO, *op. cit.*, p. 306, note 5.

(79) PIZZIO, *op. et loc. cit.*

(80) *Crim.*, 30 janvier 1969, *précité*.

(81) C.E. 13 mars 1970, *sem. jur.*, 1970, II, 16417, note GAVALDA.

Cassation semble, en la matière, retenir une interprétation plus restrictive de la notion d'habitude par rapport à sa jurisprudence habituelle.

On sait en effet qu'en général, la jurisprudence criminelle se contente de deux actes matériels, quel que soit l'intervalle qui les sépare pourvu que le second traduise un penchant délictueux acquis. De plus, il n'est pas nécessaire que les agissements relevés aient été commis à l'encontre de personnes différentes (82).

Or, en matière bancaire, les tribunaux, en revanche, considèrent d'une part que seule une répétition constante d'actes soumis à la réglementation est répréhensible et d'autre part, pour respecter un parallélisme avec les banques dont la clientèle est diversifiée, que la partie contractante — l'emprunteur — ne soit pas toujours la même personne (83).

83. — Tombent donc, a priori, sous le coup de l'obligation d'enregistrement, non seulement les sociétés financières de groupe, ce qui paraît évident, mais aussi les holdings et société-mère, voire toutes autres sociétés du groupe lorsqu'elles fournissent régulièrement des concours financiers, même gratuits, aux sociétés qu'elles contrôlent ou à leurs sociétés sœurs.

Le régime de l'enregistrement se révélerait cependant inadéquat et les contraintes qu'il implique largement injustifiées si l'activité financière du groupe ne constituait pas une immixtion véritable dans la fonction bancaire. Ainsi en est-il des prêts et avances limités au cercle restreint formé par une société-mère et ses filiales. En ce cas, la société-mère est seulement tenue de déclarer son activité au Conseil National du Crédit. Au principe de l'enregistrement en tant qu'établissement financier (A), sera donc substitué à certaines conditions le régime exceptionnel de la déclaration d'activité (B).

A. LE PRINCIPE DE L'ENREGISTREMENT EN TANT QU'ÉTABLISSEMENT FINANCIER

84. — La catégorie dans laquelle l'enregistrement sera effectué diffère selon le degré de spécialisation de la fonction financière du groupe. Cette dernière est-elle confiée à une ou plusieurs sociétés financières dont l'octroi de crédits constitue l'activité exclusive, l'enregistrement devra être demandé à

(82) V. par exemple crim. 3 mars 1971, Bull. crim., n° 73 ; rev. sc. crim. 1971, 939.

(83) Sur ces points, v. PIZZIO, op. cit., n° 245, p. 366 et les décisions citées. Adde : AIX-EN-PROVENCE, 21 mars 1977, D. 1978, I.R., 420, obs. VASSEUR ; RTDco 1979, 297, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE. En l'espèce, un conseiller financier était poursuivi pour démarchage illicite en raison de ce qu'il avait fait obtenir au gérant d'une S.C.I. plusieurs prêts consentis par une mutuelle d'assurances. Or, en vertu de l'article 9 de la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, le démarchage en matière de prêt d'argent n'est prohibé que s'il est fait « habituellement ». La Cour d'Aix relaxa le prévenu aux motifs que, bien que répété, le démarchage ne présente pas un caractère habituel s'il est effectué auprès d'une seule personne.

titre principal (titre II de la loi du 14 juin 1941). Les opérations financières, en revanche, sont-elles effectuées par une société dont ce n'est que l'objet accessoire à son activité principale, l'enregistrement à titre accessoire (titre III de la loi du 14 juin) devra être sollicité. L'institution de ce double régime permet aussi d'adapter la réglementation à la structure de financement choisie par le groupe et à l'étendue de ses besoins : s'il a recours à une société financière, soumise au statut de l'enregistrement à titre principal, les possibilités de financement — mais aussi les contraintes qu'il devra supporter — seront plus étendues que si la société dominante se charge elle-même de la distribution du crédit à ses filiales et sous-filiales. Nous le montrerons en exposant tour à tour le régime de l'enregistrement à titre principal et celui de l'enregistrement à titre accessoire.

1 - L'enregistrement à titre principal

85. — Cette procédure vise les sociétés financières de groupe qui présentent la double particularité de traiter, à titre de « profession habituelle », des opérations de crédit à court et moyen terme au profit — principalement mais non exclusivement — de sociétés affiliées et de n'utiliser, pour le financement de cette activité, que des fonds exclusivement communautaires. En tant que fournisseurs professionnels de crédit, les sociétés financières sont soumises, en principe, aux obligations afférentes au statut d'établissement financier.

Il est cependant un élément qui marque nettement leur spécificité : l'origine non publique de leurs ressources est certaine. C'est pourquoi un régime exceptionnel leur a été accordé qui leur permet de déroger à la règle de la spécialité de l'enregistrement.

a) Les sociétés financières de groupe sont soumises aux contraintes propres au statut d'établissement financier.

86. — Elles doivent ainsi respecter un certain nombre de conditions tant économiques que juridiques pour se voir enregistrées — et maintenues — sur la liste des établissements financiers (84). Nous ne rappellerons que les principales conditions d'ordre juridique (85) qui sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur le choix des dirigeants du groupe de créer ou non, au sein de celui-ci, un organisme financier spécialisé.

(84) Sur les conditions à remplir par l'entreprise impétrante, v. RIVES-LANGE, *rep. Dalloz, com.*, « Banques et établissements financiers », n° 199 et s. ; PIZZIO, *op. cit.*, p. 153 et s., p. 241 et s.

(85) Sur les conditions d'ordre économique d'accès à la profession, v. plus spécialement, PIZZIO, *op. cit.*, p. 250, n° 161 et s.

87. — En premier lieu, si les établissements financiers ont le libre choix de leur forme sociale, en vertu de l'article 8 de la loi du 14 juin 1941, ils doivent en revanche, faire figurer à leur bilan un capital dont le montant minimum est déterminé par arrêté du ministère de l'Économie et des Finances (86). Or, cette notion de « capital minimum » s'entend, non pas par référence au montant du poste comptable figurant au passif du bilan des sociétés commerciales, mais d'un excédent d'actif par rapport au « passif dont elle est tenue envers les tiers » (87) au moins égal au montant exigé par les prescriptions réglementaires.

Cette obligation dont la finalité est évidemment de garantir la solvabilité de l'établissement prêteur, semble, à elle seule, constituer un obstacle limité dans les groupes de grande envergure. Combinée, cependant, avec une autre obligation, celle de constituer des réserves auprès de la Banque de France, elle peut en certains cas présenter un caractère dissuasif.

88. — Les établissements financiers, en effet, n'échappent plus au système de réserves obligatoires qui, initialement (88), obligeait les seules banques à laisser à un compte non rémunéré auprès de la Banque de France, des liquidités d'un montant proportionnel au volume des dépôts à vue ou à terme reçus de leur clientèle.

Un décret du 23 février 1971 (89) qui a rendu nécessaire la constitution de réserves obligatoires, non plus en fonction des seuls dépôts mais aussi en proportion des crédits consentis, a en effet étendu le mécanisme des réserves obligatoires aux établissements financiers enregistrés à titre principal (90). Cette obligation (91) semble de loin la plus contraignante puisqu'elle aboutit à geler une partie appréciable des liquidités et, partant, à limiter d'autant les prêts et avances que peuvent consentir les établissements financiers de groupe aux sociétés qui en sont membres.

(86) Art. 10, loi du 14 juin 1941, mod. décret 20 mai 1955. Actuellement, pour les établissements financiers non spécialisés dans les opérations de vente à crédit, de crédit immobilier, de crédit bail et de démarchage de valeurs mobilières, le capital minimum est de 750.000 francs pour les SARL et sociétés par actions et 150.000 francs pour les sociétés de personnes. (v. art. 1 et 3 de l'arrêté du 13 novembre 1978, rev. soc. 1979, 184).

(87) Art. 10, loi du 14 juin ; v. CE, 12 juillet 1955, RTDco 1956, p. 92, obs. CABRILLAC et BECQUE ; rev. Banque, 1956, p. 107, obs. X. MARIN.

(88) Décret n° 67-27 du 9 janvier 1967, D. 1967, 62 ; RTDco, 1967, 212, obs. BECQUE et M. CABRILLAC.

(89) Décret n° 71-145 du 23 février 1971, D. 1971, 129 ; RTDco, 1971, 405, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(90) V. DUHAMEL, « l'institution en France du système des réserves obligatoires », Banque 1968 - 177 et 255 ; FOURNIER, « un aménagement du système des réserves obligatoires », Banque 1971, 325 ; cf. égal. note d'information n° 10 de la Banque de France (avril 1972).

(91) Le défaut de constitution en temps utile des réserves obligatoires est sanctionné par le paiement d'intérêts moratoires égaux au taux d'escompte de la Banque de France, majoré de trois points.

89. — Enfin, il est un inconvénient inhérent à l'enregistrement à titre principal que l'on ne saurait passer sous silence : le groupe entend en effet parfois garder secrets certains rapports de financement internes. Or, une totale discrétion ne peut être obtenue en cas de recours à une société financière. Celle-ci est en effet tenue, à peine de sanctions disciplinaires, de communiquer, outre ses bilans, ses comptes de profits et pertes, des situations périodiques de son actif et de son passif à la Commission de Contrôle des Banques qui pourra, à son tour, fournir tous renseignements utiles au Conseil National du Crédit.

b) Cependant, bien que soumises en principe au statut d'établissement financier et, à ce titre, assujetties à certaines contraintes, les sociétés financières présentent un avantage déterminant : elles échappent à la règle de spécialité de l'enregistrement.

90. — Selon cette règle, un établissement financier, enregistré pour un objet bien défini, n'est pas en droit d'effectuer d'autres opérations que celles relevant de cet objet (92). L'adjonction d'une activité différente, exige, au préalable une autorisation (93). La règle de spécialité, ainsi que sa conséquence, la création d'autant d'établissements financiers qu'il y a d'opérations bancaires de nature différente, s'expliquent par une méfiance vis-à-vis de ces organismes et la volonté de surveiller l'origine des fonds qu'ils utilisent. « La surveillance des ressources des établissements financiers exige une spécialisation de leur part », écrit M. PIZZIO (94).

Dès lors, lorsque l'origine non publique des fonds est certaine, la règle de spécialité ne paraît plus d'application nécessaire. Or, il est sûr que les sociétés financières du groupe qui trouvent essentiellement leurs ressources dans leurs fonds propres et dans ceux qu'elles ont empruntés auprès des sociétés groupées, ne font pas appel au public. Ces organismes sont d'ailleurs précisément conçus et organisés pour se passer de tout concours extérieur au cercle des sociétés groupées : elles n'ont d'autre objet que de collecter les excédents de certaines sociétés pour les réaffecter ensuite à d'autres.

De là, il résulte, selon le Conseil National du Crédit, que les sociétés financières, contrairement aux autres établissements financiers, sont

(92) V. PIZZIO, op. cit., n° 96 et s.

(93) Cf. art. 1^{er} de la décision du C.N.C. du 3 avril 1968 : « toute modification apportée à la situation d'une banque ou d'un établissement financier enregistré à titre principal est soumise à l'autorisation préalable du C.N.C. lorsqu'elle concerne : ... (d) la nature des opérations effectuées par l'entreprise, dans la mesure où celles-ci sont limitées par la décision d'inscription ou d'enregistrement qui la concerne », et ce, sous peine de sanctions disciplinaires prévues à l'art. 52 de la loi du 13 juin 1941 — art. 5 de la décision du 3 avril 1968 —. Cette décision est notamment rapportée dans le « Recueil des textes usuels publiés par l'A.P.B., 1^{ère} partie, org. Prof., p. 1165 ; rev. Banque, 1968, p. 555 et 556.

(94) PIZZIO, op. cit., p. 150, n° 101.

habilitées à effectuer toutes les opérations de banque au profit du groupe auquel elles appartiennent (95).

91. — M. PASTRE a montré que la possibilité de collecter librement les excédents financiers des sociétés groupées, alliée à une très grande souplesse dans leur réaffectation aux besoins de financement du groupe, font des sociétés financières les auxiliaires les plus indiqués des grands groupes de sociétés (96). Fournisseur habituel et normal des sociétés du groupe en capitaux, la société financière joue, en outre, un rôle essentiel dans la gestion de la trésorerie des sociétés groupées : « en procédant à une compensation multilatérale et permanente des ressources et des besoins à court terme au sein du groupe, la société financière permet de faire apparaître les déficits et les excédents au niveau du groupe et ainsi de minimiser le coût (les intérêts payés seront au total beaucoup moins importants) ou de maximiser le rendement de la trésorerie (le regroupement des ressources permet leur placement à terme, c'est-à-dire à des conditions plus avantageuses) » (97). Il faut, en effet, souligner que, faisant l'objet d'un enregistrement à titre principal, la société financière a accès au marché monétaire (98). Elle est donc en mesure d'y emprunter, en cas de déficit de trésorerie du groupe, ou d'y placer les liquidités excédentaires sans emploi dans l'immédiat.

92. — Mais la société financière permet aussi d'apporter une aide précieuse à la société dominante dans l'élaboration de la politique financière de groupe. En effet, grâce aux renseignements dont elle dispose concernant la situation des filiales, elle est en mesure de fournir à la société dominante toutes indications sur les capacités propres de financement du groupe et sur ses faiblesses.

Le recours à une société financière est cependant limité aux groupes de très grande envergure. C'est qu'en dépit d'avantages appréciables, une telle structure entraîne des coûts et des contraintes importants que l'ampleur de la fonction financière peut, dans bien des groupes, ne pas justifier. Très souvent, il ne sera pas rentable de dissocier les fonctions de contrôle et de financement et de maintenir seule la tâche de conception au niveau de la holding pour confier la mise en œuvre de la politique financière du groupe à une filiale spécialisée. La société dominante assurera alors elle-même le financement de ses filiales, accessoirement à son activité principale.

(95) v. PIZZIO, op. cit., p. 150, n° 101 ; p. 162, n° 107.

(96) PASTRE, op. cit., p. 252 et s.

(97) PASTRE, op. cit., p. 253.

(98) Depuis une décision du C.N.C., n° 66.02 en date du 18 mars 1966 (cf. égal. décision n° 67.10 du 28 juin 1967).

Est-ce à dire qu'elle échappe ainsi à l'obligation d'enregistrement ? La réponse est négative : l'enregistrement reste exigé mais son caractère accessoire fera échapper la société aux principales contraintes inhérentes au statut de l'enregistrement à titre principal.

2 - L'enregistrement à titre accessoire

93. — Le législateur permet au groupe de faire l'économie de la constitution d'un organe spécialisé dans le crédit aux sociétés qui en sont membres. En effet, une société peut, tout en conservant une activité principale commerciale ou industrielle, réaliser, même habituellement, des opérations de banque de façon accessoire. La loi met cependant une condition à l'exercice d'une telle activité financière : l'enregistrement à titre accessoire de l'organisme qui s'y livre auprès du C.N.C. Nous examinerons tour à tour les conditions et les effets de l'enregistrement à titre accessoire.

a) Les conditions de l'enregistrement à titre accessoire sont au nombre de deux : l'activité financière, même accessoire, doit être habituellement exercée ; d'autre part, elle doit être nécessairement liée à l'activité principale de l'entreprise (99).

94. — La première condition est certaine en dépit des dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juin 1941 qui dispose expressément que la condition de « profession habituelle » n'est pas requise lorsque l'activité financière est exercée à titre accessoire d'une activité principale. Nous avons, en effet, observé que sur ce point, la rédaction de l'article 2 était malencontreuse et que l'exigence de la circonstance d'habitude devait être maintenue, ce qui est confirmé par le contenu de l'article 3 de la loi du 14 juin et par le libellé du titre III de cette loi (100).

95. — La deuxième condition suscite, en revanche, une délicate difficulté : indiquer qu'un lien nécessaire doit exister entre activité principale non financière et activité financière accessoire ne renseigne guère sur le caractère de ce lien. Au fond, est-il même nécessaire qu'un rapport unisse les deux activités ? Certains juges du fond ne l'ont pas pensé et ont estimé que la notion d'accessoire appréhende toute activité secondaire ou complémentaire venant assurer à l'entreprise un complément de ressources (101).

Le caractère accessoire était alors déduit dans ces conditions de la part limitée que représentait l'activité financière dans le chiffre d'affaires total et

(99) v. H. CABRILLAC, note sous T. correct., NICE, 9 juin 1958, JCP 1959, 10953.

(100) V. supra, p. 62, n° 81.

(101) V. MONTPELLIER, 24 juin 1955, inédit ; T. SEINE, 7 mai 1951, inédit.

en toute hypothèse de son infériorité par rapport aux montants correspondant à l'activité principale de la firme.

Aucun arrêt de la Cour de Cassation n'est venu confirmer ou infirmer cette solution à notre connaissance. Cependant, ni la doctrine, ni les autorités bancaires ne s'y rallient. C'est dans une tout autre direction qu'est recherchée la signification de la notion d'accessoire. Selon les auteurs unanimes (102) et le Conseil National du Crédit, fidèle à une position prise en 1943 par le comité permanent d'organisation professionnelle des banques (103), ne constitue une activité accessoire que celle qui apparaît subordonnée à l'activité principale.

La comparaison ne doit pas être menée en proportion des chiffres d'affaires qui auront pu être réalisés grâce à l'une et à l'autre activité. Il convient de s'attacher à l'autonomie ou à la relation de sujétion des activités observées. Si l'une des activités est totalement indépendante et est exercée parallèlement à la seconde sans que cette dernière ne la conditionne en aucune manière, elle doit être regardée comme principale, même si les revenus qu'elle procure à la firme sont médiocres.

En revanche, si l'exercice d'une activité financière est commandée par l'existence d'une activité d'une autre nature qui lui donne vie et mesure, si la première ne peut être considérée, abstraction faite de la seconde, qui peut seule, au contraire, s'exercer en toute indépendance, il y a activité accessoire (104). Cette opinion doit être approuvée. Il est clair, en effet, que si une activité de crédit, même peu importante, est exercée en totale indépendance par un commerçant ou un industriel, elle peut s'adresser potentiellement à toute personne. Elle a vocation à toucher le grand public et peut donc faire naître des risques considérables. Au contraire, si elle dépend de l'activité principale de l'entreprise, elle n'est par hypothèse exercée qu'avec un cercle plus restreint et prédéterminé de personnes, celles avec lesquelles le fournisseur de crédit traite ses activités principales. En cas de défaillance de celui-ci, les répercussions resteront alors limitées à l'ensemble des personnes avec lesquelles il opère.

(102) HAMEL « le statut légal des banques », conférence au CESB, 1946, p. 40 à 42 ; DUPONT, « le contrôle des banques et la direction du crédit en France », éd. DUNOD, 1952, p. 96 ; PIZZIO, *op. cit.*, n° 202 et s., p. 309 et s.

(103) Cf. décision du comité permanent d'organisation professionnelle des banques du 9 janvier 1943, citée par MM. GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, p. 90, n° 69 et par M. PIZZIO, *op. cit.*, p. 309, n° 202.

(104) Cf. DUPONT, *op. cit.*, p. 96, selon lequel « l'activité financière est alors accessoire parce qu'elle dépend de l'activité commerciale et cessera nécessairement avec elle. Au contraire, l'activité financière est principale lorsqu'elle est indépendante des autres activités exercées par le requérant, même si elle apparaît secondaire par rapport à ces dernières » ; PASTRE, *op. cit.*, p. 278.

D'extension, réelle ou virtuelle, moindre, l'activité financière déployée par un négociant ou un industriel dans le cadre de ses activités normales paraît moins dangereuse aux yeux du législateur et exige, par conséquent, un contrôle moins strict (105).

96. — Il semble que la situation envisagée par la loi soit celle des commerçants ou industriels qui, à l'occasion de leurs activités, sont amenés à consentir des crédits à leurs clients ou à leurs fournisseurs. C'est évidemment une hypothèse très courante, spécialement en matière de distribution de certains produits (106). On peut d'ailleurs noter que la solution ne saurait être différente à l'égard de sociétés-mère lorsque leur activité de crédit est traitée avec des filiales et sous-filiales qui sont en relation d'affaires avec elle.

97. — Mais, pour autant, doit-on écarter du régime de l'enregistrement à titre accessoire les holdings de même que les sociétés-mère à raison des prêts et avances que pourraient consentir ces dernières à des membres du groupe auquel elles ne sont pas liées commercialement ? Le Conseil National du Crédit est favorable à cette solution dans l'hypothèse d'une holding prêtant des fonds à des sociétés de son groupe. Selon lui, un enregistrement à titre principal est en principe justifié en pareil cas au motif que « seules sont tenues pour accessoires les opérations qui tendent à valoriser ou à développer une activité tout à fait étrangère à une activité financière ou bancaire. Or, les opérations d'une holding sont des opérations de caractère financier » (107). Cette doctrine prête gravement le flanc à la critique, même si elle ne s'applique qu'aux holdings à l'exclusion des sociétés-mères qui à la différence des premières persistent à exploiter une industrie ou un négoce propre.

Holdings et sociétés-mères exercent, en effet, exclusivement ou concurremment avec une activité commerciale ou industrielle, une activité de contrôle et de gestion des participations. Pour autant que l'on puisse conférer à cette activité un « caractère financier », ce qui est déjà bien discutable, il reste que, pour déterminer si l'activité première d'une société est ou non d'ordre financier, il convient seulement d'observer si elle accomplit des opérations prévues à l'article 27-2° de la loi du 13 juin 1941 à titre de profession principale et habituelle. Or, tel ne peut, par définition, être le cas pour une holding qui, à peine de perdre sa qualification, pour prendre sinon celle de banque, du moins celle d'établissement financier, n'a pas pour vocation et activité essentielle de fournir du crédit ou plus généralement d'accomplir des

(105) DUPONT, *op. et loc. cit.*

(106) Ainsi, en 1972, sur 35 établissements enregistrés à titre accessoire, 12 étaient des brasseries avançant des fonds aux cafetiers pour faciliter leur installation (PETIT-DUTAILLIS, « La Banque Française », éd. Ediscience, Mac Graw Hill, 1974, p. 279).

(107) Réponse du 23.01.1981 à une question posée par l'auteur.

opérations décrites à l'article 27-2°. Si la holding y consent néanmoins, c'est uniquement au profit de sociétés de son groupe pour appuyer leur essor ou les aider à traverser une passe difficile et valoriser ainsi ses propres participations.

C'est donc bien d'une activité essentielle antérieure de contrôle et de gestion des participations que dépend l'octroi de prêts et avances. Sans elle, ces opérations n'auraient vraisemblablement jamais vu le jour. Aussi bien ne sont-elles traitées qu'avec des sociétés contrôlées directement ou indirectement par la holding ou la société-mère. Cet élément de fait, la qualité de filiale ou simplement de membre du groupe des sociétés bénéficiaires, est aussi capitale à un autre titre : il permet en effet d'affirmer avec certitude que l'activité financière d'une holding ou d'une société-mère ne saurait s'adresser au grand public. Sans doute, le cercle des crédités est-il à présent circonscrit d'une autre manière, les liens de participation se substituant à des rapports commerciaux, mais son rayon est aussi nécessairement limité en raison de circonstances antérieures aux opérations de crédit. Et cela doit logiquement suffire : il n'y a aucune interférence possible avec l'activité des banques ou celle des établissements financiers enregistrés à titre principal, dont la clientèle est ou peut être diversifiée.

On ne peut donc que souhaiter que le Conseil National du Crédit modifie sur ce point sa doctrine. L'intérêt général n'en serait, semble-t-il, pas compromis pour autant. Au contraire, si l'on admet qu'il est lié dans une certaine mesure au bon fonctionnement des groupes de sociétés, il ne peut être que promu en raison du caractère indéniablement moins contraignant des effets attachés à l'enregistrement à titre accessoire.

b) Les effets de l'enregistrement à titre accessoire.

98. — Si les sanctions du défaut d'enregistrement sont identiques que cette formalité ait à être effectuée à titre principal ou à titre accessoire (108), cependant, les principales obligations découlant de l'enregistrement à titre principal ne s'appliquent pas aux entreprises ayant obtenu l'enregistrement à titre accessoire sur la liste des établissements financiers.

Certes, ces derniers doivent respecter les décisions du Conseil National du Crédit mais, en revanche, elles ne sont pas tenues de posséder un capital minimum et d'adresser à la Commission de Contrôle des Banques leurs bilans, comptes de profits et pertes et situations comptables périodiques. De même, elles échappent à l'obligation de constituer auprès de la Banque de France des réserves obligatoires.

(108) Outre des sanctions disciplinaires, des sanctions pénales sont prévues. L'article 6 - 2° de la loi du 14 juin 1941 se réfère aux peines prévues à l'article 23 de la loi du 13 juin 1941 (emprisonnement d'un mois à 2 ans, amende de 3.600 à 36.000 F ou l'une de ces deux peines seulement).

99. — On s'aperçoit ainsi que l'octroi habituel de crédit à l'intérieur d'un groupe n'exige pas la constitution d'un organe financier spécialisé. La société dominante pour peu, suivant la doctrine actuelle du CNC, qu'elle conserve une activité, commerciale ou industrielle, principale propre et ne soit pas seulement une « société de portefeuille », peut s'en charger elle-même à condition de demander préalablement son enregistrement à titre accessoire au CNC. Cette possibilité, on l'a observé, repose sur le nombre a priori limité des bénéficiaires éventuels des financements et par conséquent sur l'ampleur plus réduite des conséquences qui résulteraient de son éventuelle insolvabilité.

L'allègement des contraintes légales va ainsi de pair avec de telles circonstances. Or, il n'existe aucune raison d'interrompre ce raisonnement : ainsi pourrait-on admettre que la formalité de l'enregistrement devienne inutile, dans les groupes de sociétés, lorsque les crédits sont exclusivement consentis à des filiales. Telle est précisément la solution du législateur qui a, en pareille hypothèse, substitué au régime de principe de l'enregistrement celui, exceptionnel, de la déclaration d'activité.

B. LE RÉGIME EXCEPTIONNEL DE LA DÉCLARATION D'ACTIVITÉ

100. — Aux termes de l'article 5 f de la loi du 14 juin 1941, l'obligation de solliciter l'enregistrement ne s'applique pas, notamment, aux « entreprises et personnes consentant des crédits sous une forme quelconque exclusivement à des filiales, commandites, etc..., à la condition que ces crédits ne donnent pas lieu à création de traites ou billets ». La société-mère qui effectue de telles opérations devra cependant déclarer, dans les trois mois, son activité au Conseil National du Crédit.

Ce régime est certes coercitif tout comme celui de l'enregistrement puisque l'assujetti ne peut refuser de déclarer son activité sans s'exposer à une amende disciplinaire. Mais à la différence du second, il n'entraîne pas d'obligations à la charge de la personne qui a déclaré son activité. Celle-ci échappe à toute réglementation et n'est soumise ni aux décisions du C.N.C., ni à la surveillance de la commission de contrôle. Le législateur entend simplement donner au Conseil National du Crédit, les moyens de recenser tous les établissements effectuant à l'aide de fonds propres ou de fonds assimilés, les opérations visées aux alinéas b à g de l'article 5, pour lui permettre de surveiller ces entreprises et d'éviter qu'elles ne débordent du cadre prescrit par la loi.

101. — Mais l'interprétation qu'il convient de donner à cette exception au droit commun de l'enregistrement s'avère délicate. D'une part, elle semble devoir être rigoureuse, s'agissant d'une dérogation à un principe général. D'autre part, l'article 5 f lui-même invite à une compréhension très large de ses dispositions : la durée des crédits n'étant pas précisée, il peut s'agir

d'opérations à court ou à moyen terme. Les crédits peuvent, en outre, être réalisés « sous une forme quelconque » pourvu qu'ils ne soient pas matérialisés par des traites ou billets (109). Cette formule très générale englobe assurément les prêts et avances, crédits les plus courants (110).

102. — Cependant, il est plus difficile de circonscrire la portée de l'article 5 f quant aux bénéficiaires de ces opérations.

Le texte vise certes les « filiales, commandites, etc... » par une formule extensible dont on a souligné l'anomalie dans un texte de loi (111).

Il est bien évident que si on le compare aux dispositions de l'article 2 b de la loi du 13 juin 1941 (112), l'article 5 f de la loi du 14 juin régit beaucoup plus directement la situation des groupes de sociétés. Il n'était dès lors pas interdit de penser que le Conseil National du Crédit profiterait de cette opportunité pour procéder à une interprétation au moins aussi large et favorable aux groupes, en matière d'emploi des fonds, que celle qu'il a retenue à l'occasion de l'application de la notion de fonds reçus du public aux groupes de sociétés (113). On se souvient en effet que tous les fonds reçus par une société membre d'un groupe structuré et économiquement cohérent d'un autre membre de celui-ci ne sont pas considérés comme provenant du public (114).

C'était donc assurément là une occasion pour les autorités bancaires de singulariser véritablement la situation des groupes en élaborant à propos de **l'utilisation** des fonds du groupe le pendant de ce qu'elles avaient admis à

(109) Cette restriction du législateur est aisément justifiable : les effets, étant négociables, sont susceptibles d'être mis en circulation hors du groupe restreint formé de la société-mère et de ses filiales qui est visé par la loi. Ainsi, « le bénéficiaire du crédit peut ne pas être l'entreprise qui constitue la filiale ou la commandite de celle qui consent le crédit » (PIZZIO, op. cit., p. 340, n° 224).

(110) Ainsi d'ailleurs que les découverts, facilités de caisse, cautionnement et l'escompte, simple avance sur créance, (en ce sens, GAVALDA et STOUFFLET, op. cit., p. 604, n° 458). La solution peut ne pas paraître évidente s'agissant de l'escompte. D'abord, on pourrait invoquer les dispositions de l'article 27-2° de la loi du 13 juin qui distinguent nettement « crédit » et « escompte » pour soutenir que l'article 5 f ne viserait que les crédits stricto sensu à l'exclusion de l'escompte. L'argument n'est cependant d'aucun poids puisque ce dernier texte appréhende très généralement toute opération de crédit « sous une forme quelconque » et ne reprend pas les termes plus précis de l'article 27-2° (« effectuer des opérations de crédit à court et à moyen terme »). Une seconde objection peut être tout aussi facilement repoussée : l'article 5 f entend éviter que les crédits puissent être mobilisés en donnant lieu à création de traites ou billets. Or, le crédit d'escompte se réalise par mobilisation d'un papier préexistant sans entraîner par principe la création d'effets nouveaux.

(111) Cf. PASTRE, op. cit., p. 273.

(112) « Les fonds reçus ou laissés en compte, provenant, dans une SARL des associés, ou, dans une société de personnes, des associés en nom ou des commanditaires » ne sont pas considérés comme fonds reçus du public.

(113) V. Bull. CNME « les circuits extra-bancaires de crédit », n° 50, II, spéc. C 4 ; GAVALDA et STOUFFLET, op. cit., p. 99, n° 76.

(114) V. supra, p. 46, n° 51 et s.

propos de leur **réception**. Par exemple, il aurait pu être considéré que le régime de la déclaration d'activité suffirait pour toutes les activités habituelles de crédit, quel que soit leur sens : crédit aux filiales mais aussi aux sous-filiales ou à des sociétés-sœurs, voire à une société dominante ; il pouvait également paraître rationnel pour caractériser une filiale de retenir le même taux de participation, soit 20 %, que celui en usage lorsqu'il s'agit de réception en dépôt.

103. — Mais le Conseil National du Crédit ne l'a pas voulu. Il a refusé d'appliquer à la distribution du crédit la théorie du groupe économique qu'il a développée à propos de la réception de fonds.

Selon cette haute autorité, d'une part, la filiale visée à l'article 5 f ne peut s'entendre que d'une société dont une autre détient au moins 50 % du capital, d'autre part, le régime légal de faveur est réservé aux micro-groupes composés exclusivement de la société-mère et de ses filiales directes.

104. — On ne peut manquer de s'interroger sur les raisons d'une solution si restrictive. Il est, en effet, certain que l'article 5 f repose sur la notion de groupe — dans son acception la plus restrictive — et sur le caractère très étroitement circonscrit de l'activité de crédit qui y trouve place. Dès lors, pourquoi ne pas adapter la théorie du groupe économique — ce que les autorités bancaires ne se sont pas dispensées de faire à propos de la réception de fonds en dépit de textes infiniment moins favorables — à l'emploi en crédits des fonds du groupe ?

La doctrine l'explique de la façon suivante : la théorie du groupe économique a un objet bien précis qui est d'écarter la notion de public dans les rapports de groupe pour donner à certains de ses membres la possibilité de recevoir les ressources des autres.

Or, « la notion de public n'est pas réciproque : valable lorsqu'il s'agit de la réception des dépôts, elle devient sujette à caution lorsqu'il s'agit de l'emploi de ces dépôts... : l'article 1^{er} exige que les entreprises désireuses d'obtenir l'inscription comme banques reçoivent des fonds du public ; mais il n'exige pas que les opérations de crédit ou d'escompte permises par ces dépôts soient traitées avec le public. Et de même en est-il de l'article 27-2^o qui définit les établissements financiers » (115).

105. — Cela est exact : la réglementation bancaire et para-bancaire n'implique pas que les crédits soient consentis au public pour caractériser une activité bancaire.

Mais, pour autant, peut-on en déduire qu'elle exclut la prise en considération des parties au financement ? L'article 5 f est là qui permet d'affirmer le contraire. Mais alors, peut-on admettre que ce texte se fonde sur l'idée de groupe sans retenir celle de public ? Nous le pensons : l'ambiguïté et

(115) DUPONT, op. cit., p. 117.

la confusion opérée par certains (116) n'existent que si l'on persiste à envisager, dans le cadre de la réglementation du crédit, le groupe comme le non-public. En d'autres termes, si l'on estime que le concept de public a une vocation générale à s'appliquer à toute la législation bancaire. Or, précisément, tel n'est pas le cas : le public, ce sont toutes les personnes qui méritent protection à raison des risques d'« illiquidité » de celui à qui elles remettent leurs capitaux. Il détermine la frontière entre ceux qui ont besoin de la sauvegarde de la loi bancaire et ceux pour lesquels elle est jugée inutile. A cet égard, il représente la pierre angulaire de la réglementation des dépôts. En revanche, la réglementation du crédit tend, dans l'intérêt de tous, à conférer à des intermédiaires officiels, strictement surveillés, la gestion de l'épargne et à diriger celle-ci vers les emplois les plus conformes à l'intérêt général. Et, sur ce plan, une gestion et une affectation des capitaux ne sont pas moins dangereuses lorsqu'elles sont effectuées par une personne que son bailleur de fonds est en mesure de surveiller. L'intérêt général peut être menacé alors même que les intérêts des déposants seraient saufs.

106. — C'est la raison pour laquelle la notion de public ne peut trouver aucune application dans le droit du crédit. Rien ne s'oppose cependant à ce que celui-ci ne considère la circonstance de groupe, mais cette fois, à une autre titre que celle d'« entité privée ». Le groupe, c'est aussi — dans une optique très restreinte et quelque peu simpliste — une société centrale entourée de plusieurs sociétés satellites qu'elle contrôle étroitement et qui se trouvent sans réelle autonomie financière par rapport à elle. Dès lors, on imagine difficilement comment l'ordre public économique pourrait être atteint par une activité financière si circonscrite. L'Économie Nationale est-elle plus en péril lorsqu'une société-mère finance des filiales étroitement assujetties que lorsqu'une direction financière d'une seule et même entreprise décide d'affecter des capitaux à tel département qui en éprouve le besoin ?

107. — Cette comparaison permet d'ailleurs de faire progresser le raisonnement : l'article 5 f réserve le bénéfice de la déclaration d'activité à l'intervention d'une société-mère au profit de ses filiales. Mais exclut-il implicitement les opérations en sens inverse, de la filiale vers la société-mère ? Une telle interprétation devrait, à notre avis, être écartée (117). Pourtant, le Conseil National du Crédit estime que les sociétés prêteuses ne peuvent être admises à bénéficier du régime dérogatoire prévu à l'article 5, al. f de la loi du 14 juillet 1941 que dans la mesure où elles se limitent à consentir des crédits à des sociétés **dont elles détiennent individuellement plus de 50 % du capital**. Ce point de vue, qui contraste une fois de plus avec la largesse de vue dont font preuve les autorités bancaires dans leur interprétation des dispositions légales concernant les dépôts, est très critiquable. Manifestant une trop

(116) V. PIZZIO, n° 224, p. 339 et s.

(117) Dans ce sens, v. PIZZIO, op. cit., n° 224, p. 339.

grande servilité envers la lettre du texte, il heurte la logique : en effet, que les prêts interviennent au profit de filiales ou, au contraire, profitent à la société-mère, l'opération par son incidence également limitée ne risque pas plus de perturber les intérêts généraux de la collectivité nationale dans l'une que dans l'autre hypothèse. Aussi devrait-on logiquement privilégier les rapports de société-mère à filiale, quel que soit leur sens, étant entendu que resterait exclue toute extension du régime dérogatoire à des hypothèses autres que celles de sociétés placées sous la dépendance directe de l'une par l'autre. Notamment, le régime de faveur ne pourra être appliqué à des sociétés groupées qui ne seraient liées que par l'entremise d'une holding (118).

108. — A plusieurs reprises, on a pu vérifier les rapports existant entre la réglementation applicable et l'ampleur d'une activité permanente de crédit : le droit du crédit perd de son caractère contraignant au fur et à mesure que s'amenuise le nombre des personnes appelées à bénéficier du financement.

Malgré tout, l'accomplissement habituel d'opérations de crédit, même dans un cercle restreint, laissait subsister certains risques contre lesquels le législateur devait se prémunir : il fallait au moins que l'opérateur soit connu des autorités bancaires.

En revanche, il n'a voulu ni réglementer, ni connaître l'activité des dispensateurs occasionnels de crédit. D'ailleurs, aurait-il pu surveiller toutes les sociétés et un grand nombre de personnes physiques, c'est-à-dire tous ceux qui, à titre purement occasionnel, accomplissent des opérations de l'article 27-2° ?

§ 2 — Accomplissement occasionnel de prêts et avances de l'article 27-2°

109. — Au niveau d'un groupe, toute société membre peut, un jour ou l'autre, être sollicitée de mettre ses capitaux à la disposition de sociétés parentes. La situation est évidemment très différente de celle d'un prêteur spécialisé, comme une société financière ou une holding. Mais dans certains groupes caractérisés par une faible circulation des capitaux, il peut être très difficile de distinguer une activité financière accessoire soumise à enregistrement ou à déclaration d'activité le cas échéant et une activité véritablement occasionnelle. Or, cette distinction est importante puisqu'une activité occasionnelle n'assujettit son auteur, en tant qu'entreprise, à aucune prescription particulière et l'oblige seulement à respecter la réglementation du type d'opérations qu'il accomplit (119).

(118) Contra, PIZZIO, *op. et loc. cit.*

(119) RIPERT, par ROBLOT, *op. cit.*, 1972, n° 1970.

110. — Certes, on pourra toujours dire que l'une doit être habituelle, l'autre non. Mais, les incertitudes demeurent : est-il permis de raisonner a contrario, à partir de la notion d'habitude dégagée par la Chambre Criminelle (120) ? Dira-t-on en particulier que l'octroi systématique de prêts et avances à une filiale seulement caractérise une activité occasionnelle ? Sur ce point précis, le Conseil National du Crédit a répondu par la négative (121) : ce n'est pas par le simple fait qu'une activité de prêt est exercée, tout en renouvelant, au profit d'un seul et même bénéficiaire, qu'elle sera réputée occasionnelle (122). La doctrine (123) considère, quant à elle, qu'une opération occasionnelle est une opération « isolée » sans lien ni avec l'activité principale, ni avec le cadre de la profession. De fait, l'accent semble devoir être mis sur le caractère circonstanciel des prêts et avances, sur leur détachement par rapport à l'activité professionnelle normale du créancier. Dans ces conditions, le prêt s'analyse essentiellement comme un acte de solidarité. Au lieu de les placer ailleurs, on prête ses disponibilités sans emploi au groupe.

Il reste que dans maintes hypothèses, on pourra hésiter quant au caractère accessoire ou occasionnel de l'activité financière exercée. Le Conseil National du Crédit pourra alors être consulté, à l'occasion, par exemple, d'une demande d'enregistrement à titre accessoire (124).

CONCLUSION DU TITRE I

111. — Le législateur bancaire et les autorités chargées d'interpréter ses dispositions ont été les premiers à reconnaître la nécessité d'une mobilité des capitaux dans un groupe de sociétés. Plus exactement, c'est à leurs initiatives que l'on doit la première tentative d'adapter un régime juridique à la diversité des groupes de sociétés. De fait, l'analyse de la réglementation bancaire a montré qu'il existait une discrimination des régimes selon l'intensité des besoins d'une libre circulation des capitaux dans le groupe, telle qu'elle est abstraitement appréciée à travers le degré de structuration de celui-ci.

Aussi la réglementation du Crédit connaît-elle deux importants clivages. Le premier, le plus général, permet de distinguer le groupe,

(120) V. *supra*, p. 62, n° 82.

(121) Réponse de la Direction des Banques et des Établissements financiers du 23 janvier 1981.

(122) On peut cependant se demander quelle serait la solution adoptée en ce cas par les juridictions répressives si l'autorité poursuivante devait estimer que le renouvellement de telles opérations était de nature à caractériser l'exercice habituel d'une profession...

(123) CABRILLAC, note précitée, JCP 1959, II, 10953.

(124) Cela permettra non seulement de provoquer une crise de position de cet organisme mais aussi d'éviter d'éventuelles poursuites liées au défaut d'enregistrement.

appelons-le «à direction financière» pour grossir le trait, financé par la holding ou par un ou plusieurs organismes spécialisés, justiciables d'un enregistrement à titre principal et le groupe «à direction industrielle» composé de sociétés aux activités économiques interdépendantes au sein duquel l'octroi habituel de crédit ne contraint la société-mère qui s'y livre qu'à un enregistrement à titre accessoire.

Le second, plus restrictif, aboutit à dissocier les groupes, *stricto sensu*, ou encore «micro-groupes» composés des sociétés-mère et de leurs filiales directes auxquels le bénéfice de la déclaration d'activité a été accordé et les groupes, *lato sensu*, comprenant en outre les sous-filiales et sociétés sœurs liées par l'intermédiaire d'une société dominante commune.

112. — La volonté des autorités bancaires de considérer la variété des groupes a aussi été une de leurs préoccupations centrales lorsqu'elles ont interprété la réglementation des dépôts. L'absence d'une gradation dans le régime instauré par le législateur les a alors poussées à adopter des positions audacieuses. Le choix n'était en effet possible qu'entre l'application de la réglementation bancaire et l'absence totale de réglementation.

Encore une fois, c'est en considération de l'intensité des échanges financiers dans le groupe qu'une discrimination, cette fois-ci extra légale, a été opérée. Le groupe favorisé, c'est-à-dire celui dont les membres ne constituent pas le public les uns vis-à-vis des autres a été le groupe industriel, plus ou moins structuré, mais réalisant toujours une intégration économique, par opposition aux conglomerats et groupes personnels.

113. — Le droit des sociétés, en comparaison, ne semble connaître aucune discrimination entre les groupes et le régime juridique qui leur est applicable puisque, selon toute apparence, il ignore les groupes. Assez paradoxalement dans la mesure où le droit des sociétés n'a pas en principe à connaître de la distribution du crédit, il semble ainsi présenter de plus graves obstacles à la circulation des capitaux dans le groupe. Dans la réalité cependant, il permet d'appréhender le phénomène des groupes et aboutit à des solutions qui ne s'éloignent guère de celles retenues par la réglementation bancaire. Nous le montrerons dans un titre II.

TITRE II

PRÊTS INTER-GROUPE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

114. — Il est surprenant que le droit des sociétés dresse quelque obstacle à la réalisation de prêts à l'intérieur d'un groupe. Sans doute a-t-il vocation à régir la situation personnelle des protagonistes qui sont, par hypothèse même, des sociétés. Mais est-il naturel qu'il s'intéresse à un rapport contractuel pour l'interdire ou le réglementer ? Le problème est cependant mal posé. Du côté de chacune des collectivités contractantes, le contrat devient d'abord, en droit des sociétés, un acte de gestion. Or, une société ne peut pas tout faire car elle est limitée dans son action par sa spécialité. Ensuite, la société prêteuse, à supposer même que sa spécialité soit respectée (SOUS-TITRE I), ne traite pas avec une personne quelconque. Elle prête ses capitaux à un cercle restreint d'autres sociétés, membres de son groupe qui la dirigent en droit ou en fait, participent à son capital ou encore possèdent des dirigeants communs avec elle. Des abus étant alors à craindre, le droit des sociétés érige une deuxième catégorie d'obstacles aux prêts inter-groupe, procédant cette fois-ci de la personnalité de l'emprunteur (1) (SOUS-TITRE II).

SOUS-TITRE I

LA SPÉCIALITÉ DU PRÊTEUR

115. — Une société ne peut pas tout faire. Le législateur ne lui ouvre l'accès à la vie juridique que pour exercer une activité orientée vers la recherche de bénéfices ou d'économies dont le profit doit revenir à ses

(1) Cependant, les mesures instituées par la loi sur les sociétés (interdiction de certains prêts et contrôle des autres opérations) apparaissent dans la réalité moins comme d'efficaces instruments d'une protection des intérêts des actionnaires minoritaires que comme des obstacles à la circulation des capitaux dans le groupe ; dans ces conditions, il nous a paru préférable d'examiner l'incidence de ces mesures dans cette première partie plutôt que dans la deuxième, consacrée aux dangers attachés à la mobilité des capitaux entre sociétés groupées et aux responsabilités qu'encourent les dirigeants du groupe.

membres. Il oblige aussi ses organes à respecter dans leur action les limites du type d'entreprise que les associés ont décrit dans les statuts.

Or, l'objectif de plein emploi des capitaux dans le groupe implique que les capitaux excédentaires de certaines sociétés puissent être mis immédiatement et sans condition à la disposition des autres. Deux conséquences en découlent : d'une part, l'exigence d'une rémunération ne doit en aucun cas freiner la fluidité de la circulation des fonds. D'autre part, chaque société membre du groupe est bel et bien considérée comme un prêteur potentiel.

Mais si, financièrement, on comprend parfois l'inopportunité de la stipulation d'un taux d'intérêt, juridiquement, la spécialité légale des sociétés n'est-elle pas affectée lorsque l'une des unités du groupe accepte, même momentanément, de se dépouiller sans être rémunérée ? De plus, même à supposer qu'un intérêt rémunère le prêt ou l'avance, on peut être surpris qu'une société à vocation industrielle ou commerciale hasarde ses disponibilités dans une opération purement financière. Sa spécialité statutaire ne lui commande-t-elle pas de courir le risque de l'entreprise pour laquelle elle a été constituée, à l'exclusion de tout autre ? C'est donc à un double titre que le droit des sociétés paraît entraver la mobilité des capitaux dans le groupe, en subordonnant l'octroi de prêts d'abord à la spécialité légale de toute société (Chapitre I), ensuite à la spécialité statutaire particulière à la société prêteuse (Chapitre II).

CHAPITRE I

OCTROI DE PRÊTS ET SPÉCIALITÉ LÉGALE

116. — L'un des avantages essentiels de l'appartenance à un groupe — et d'ailleurs l'une de ses justifications principales sur le plan économique — consiste pour les filiales à obtenir un financement rapide et bon marché. De fait, les taux d'intérêt en vigueur dans les groupes sont le plus souvent des taux préférentiels par rapport à ceux du marché. Parfois, spécialement pour les opérations à court terme ou celles destinées à sauver des filiales en difficulté, des prêts sont consentis sans rémunération aucune. Les dirigeants des groupes justifient la gratuité (3) en évoquant la nécessaire solidarité de sociétés étroitement dépendantes les unes des autres et la réciprocité des charges et sacrifices qui leur sont imposés.

117. — De prime abord, cependant, la gratuité ne manque pas d'être suspecte en droit des sociétés. Selon l'article 1832 nouveau (4) du code civil, la société est un organisme dont l'objectif est de rechercher un bénéfice en vue de son partage ou une économie au profit de ses membres. Ce type de groupement ne peut donc en principe poursuivre un objectif de solidarité dans la mesure où ce dernier ne permet en effet ni un bénéfice ni une économie (5).

(3) Lorsque le prêteur entend moins enrichir l'emprunteur que lui permettre de réaliser une économie, certains auteurs ont proposé une qualification distincte du contrat à titre gratuit, celle de contrat de services gratuits en y rangeant notamment les prêts sans intérêt (WEILL, TERRE, « Droit des obligations », Dalloz n° 38, p. 40). Le but poursuivi n'est cependant pas toujours celui-ci ; il peut s'agir « d'enrichir » l'emprunteur grâce à des prêts sans intérêts constitutifs d'un transfert des bénéfices d'une unité du groupe à une autre (v. infra, p. 364, n° 385 et s.).

(4) La nouvelle rédaction de l'article 1832 est due à la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1978. Il existe à ce sujet d'assez nombreux commentaires et études doctrinales ; on peut not. citer ; JEANTIN, « la réforme du droit des sociétés », D. 1978, 173 ; GUYON et COQUEREAU, sem. jur. 1978, éd. C.I., 6912 ; GUYON, « les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », rev. soc. 1979, p. 1 et s. ; « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », Mél. Kayser, Aix, 1979.

(5) V. GUYON, art. précit. rev. soc. 1979, p. 1 et s.

On hésite toutefois à admettre que la spécialité légale d'une société, telle qu'elle est décrite à l'article 1832 du code civil interdise les actes gratuits émanant de sociétés. Une telle solution, par l'exigence d'une rémunération financière qu'elle emporte, constituerait sans nul doute un obstacle considérable à la libre circulation des ressources dans le groupe, spécialement lorsque celle-ci serait particulièrement bienvenue. Ainsi, le soutien à une entreprise en difficulté serait compromis s'il était nécessaire à l'emprunteur de rémunérer l'aide reçue du groupe : en raison de la lourdeur des frais financiers qu'il peut déjà supporter par ailleurs, toute dépense supplémentaire peut s'avérer impossible. Du reste, la stipulation d'un taux d'intérêt peut dans la réalité se révéler très formelle : pour donner à l'opération une apparence de licéité au regard de la spécialité légale, un intérêt peut être ostensiblement stipulé qui ne sera jamais recouvré...

118. — Mais, une opération réalisée à titre gratuit est-elle, au fond, réellement prohibée ? On peut en douter car la spécialité légale constitue essentiellement un critère de qualification. Or, on aperçoit mal, a priori, en quoi un tel critère pourrait exercer quelque incidence sur l'activité des personnes morales et a fortiori leur interdire certains actes. L'objection n'emporte pas la conviction : d'abord parce que le principe de spécialité légale, s'il tend à classer selon leur genre propre les personnes morales de droit privé, contient également l'obligation pour ces dernières, d'observer, à travers leur activité, la finalité particulière pour laquelle elles ont été créées ; ensuite, parce que cette obligation, dont le respect conditionne le maintien de la qualité de société, implique logiquement l'interdiction pour elle d'exercer sa spécialité légale. Elle lui prohibe donc d'accomplir tous actes **qui ne peuvent pas servir le but social défini à l'article 1832 du code civil.**

119. — Reprenons ces deux idées. La société doit, pour conserver sa qualification, respecter le but qui lui est imparti par le législateur. Il est facile de l'établir : la qualification ne dépend pas, en effet, de ce qu'il est affirmé que la personne morale va faire, elle n'est pas attribuée d'après les intentions affichées par ses fondateurs. Elle dépend de ce que fait la personne morale. La qualité de société ne sera ainsi reconnue qu'aux seuls groupements dont tous les actes concourent, directement ou indirectement, à la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie.

Si la société pouvait agir à d'autres fins et conserver néanmoins sa qualification, l'article 1832 du code civil deviendrait inutile et sans objet. La société doit donc, par toute son activité, tendre à satisfaire les buts que précise ce texte à peine de perdre sa qualité. L'action de la société est limitée à raison des buts, également restreints, qu'elle est admise à poursuivre (6).

(6) Cf. COULOMBEL, « Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé », thèse, Nancy, 1949, p. 215.

Il lui est interdit de transgresser ses limites. C'est alors qu'on aperçoit les incidences de la violation par une société de sa spécialité légale sur les actes accomplis : ces actes sont illicites. Cette conséquence est logique. Des actes qui émanent d'un organisme inapte à les accomplir sont nécessairement en dehors du droit. D'ailleurs, la solution opposée conduirait à reconnaître indirectement à la société une omnipotence qu'elle n'a pas et ne saurait jamais posséder ; elle constituerait en outre une manière de remettre en cause l'efficacité de la notion de spécialité, déjà très affectée depuis la loi du 4 janvier 1978 (7), en tant que critère de différenciation des personnes morales.

120. — Mais si la spécialité légale des sociétés leur interdit d'accomplir certains actes et permet de les considérer comme illicites, une fois effectués, quels sont ces actes ? S'agit-il de tous les actes gratuitement consentis par elles ? La réponse est négative : la société n'est en effet limitée que dans les buts qu'elle peut poursuivre, non dans les moyens mis en œuvre pour les atteindre. Or, la gratuité peut être un moyen au service de la réalisation du but social si elle a pour contrepartie possible un avantage futur : bénéfice ou économie. Elle n'est illicite que si elle a été acceptée sans aucune perspective de contrepartie, si elle présente un caractère totalement désintéressé (8). Il en sera ainsi lorsque, par exemple, la société accepte délibérément une perte, un appauvrissement certain sans avoir en vue la réalisation ultérieure de bénéfices (9).

121. — Très précisément, les prêts gratuits sont de ces actes par lesquels la société accepte une charge plus ou moins lourde — au « prix de revient » de l'argent avancé viennent notamment s'ajouter les coûts non compensés des risques de non-restitution des capitaux prêtés et de l'érosion monétaire — sans aucune contre-prestation en échange. Elle accepte de perdre de l'argent sans qu'on puisse discerner, le plus souvent, l'existence d'une contrepartie en prévision de laquelle elle aurait pu s'engager ainsi. Selon toute apparence, elle nie son « objet légal » (10) et le prêt illicite encourt l'annulation (11).

(7) V. not. GUYON, art. précit., rev. soc. 1979, p. 1 et s.

(8) L'idée a été excellemment exprimée par Monsieur l'Avocat Général GEGOUT en ses conclusions conformes précédant deux arrêts de la Chambre Commerciale du 24 octobre 1966 (JCP 1967, 15099) : « la vérité, affirme ce magistrat, c'est que, sous la distinction parfois assez difficile entre la société et l'association de la loi de 1901, le critérium est le but intéressé ou désintéressé, et non la présence ou l'absence d'une recherche de bénéfices, au sens où l'entendait l'arrêt Manigod ». On se souvient que dans cet arrêt célèbre des Chambres Réunies du 11 mars 1914 (D. 1914, L. 257, concl. proc. général SARRUT), la Cour de Cassation avait fixé la notion de bénéfice comme devant s'entendre d'un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés et n'avait pas reconnu la qualité de société à un organisme coopératif qui assurait comme seul avantage aux associés, la faculté de lui emprunter à taux réduit.

(9) En ce sens, v. GUYON, note sous com. 29 mai 1972, JCP 1973, I, 17337.

(10) GUYON, note précitée.

(11) Selon M. GUYON, note précitée, l'absence totale de contrepartie suffit à entraîner la nullité d'un acte accompli par la société, sur le seul fondement de l'article 1832 c. civ. sans qu'il

Or, la chose peut surprendre, aucun plaideur n'a, à ce jour et à notre connaissance, contesté les prêts gratuits entre sociétés groupées sur le fondement d'une méconnaissance de la spécialité légale des sociétés. Cette abstention des intéressés paraît pouvoir s'expliquer par une double incertitude, l'une relative aux limites exactes de l'interdiction des prêts gratuits sans contrepartie, l'autre relative au régime de sa sanction.

SECTION I

L'interdiction des prêts gratuits sans contrepartie

122. — L'article 1832 du code civil n'ouvre à la société l'accès à la vie juridique que pour satisfaire une finalité particulière. Si elle n'agit pas en vue de la réaliser, elle n'agit plus en tant que société et son acte est illicite. Mais quels sont les actes qui sont interdits à une société ? En théorie, ce sont tous les actes qui ne permettent pas de réaliser le but social. Dans une optique simplificatrice, des auteurs (12) ont estimé que de tels actes n'étaient autres que les actes gratuits. A l'appui de cette thèse, il a été soutenu que « la recherche de bénéfices constituant un élément essentiel du pacte social, il n'est au pouvoir d'aucune majorité des associés — ni même de leur unanimité — soit d'autoriser les mandataires sociaux à effectuer un acte à titre gratuit, soit cet acte accompli, de le ratifier » (13).

A première analyse, l'idée paraît évidente : la société doit rechercher un avantage commun des associés ; or, l'acte gratuit ne recèle aucun avantage. Au contraire, en matière de prêt, la gratuité entraîne une renonciation à un gain et une perte, ce qui est tout le contraire de la recherche d'un avantage.

123. — Cette opinion doit cependant être résolument écartée car elle procède d'une confusion entre l'acte gratuit et l'acte désintéressé. L'article 1832 du code civil n'interdit aucun acte aux sociétés, pas plus qu'il ne leur défend de renoncer à un profit ou d'accepter délibérément une perte si le but

soit nécessaire d'établir un abus de majorité (sur cette notion et son application aux prêts intergroupe, v. infra, n° 294 et s.). Encore faut-il remarquer, pour dissiper toute confusion, que « l'acte » annulable sur le fondement de l'abus de majorité ne pourra être que la délibération collective qui éventuellement, aura autorisé l'avance. Cette nullité ne rejaillira nullement sur le contrat de prêt qui a fait naître des droits au profit de l'emprunteur. Le prêt lui-même pourra être annulé, en revanche, sur le terrain de la violation de la spécialité légale, ce qui donne tout leur intérêt aux développements qui vont suivre.

(12) BELLENGER, « l'exception de non-contrepartie, intérêt social et capacité des sociétés de commerce », rev. soc. 1964, p. 169 ; adde : L.M. MARTIN, Banque, 1971, p. 923, obs. sous T. com. Nice, 21 avril 1971.

(13) BELLENGER, op. et loc. cit.

final de l'opération est l'obtention d'un bénéfice ou d'une économie. Il oblige les sociétés à poursuivre un but abstrait et n'impose nullement un procédé par lequel cette recherche doit être entreprise (14).

Il n'y a d'ailleurs aucun paradoxe à affirmer qu'un acte gratuit puisse être mis au service du but social (15). Même si, par définition, aucune contre-prestation ne peut être obtenue du co-contractant, il reste qu'un tel acte peut avoir été accompli en perspective d'un avantage extérieur au contrat qui est attendu de son bénéficiaire.

124. — L'analyse qui vient d'être faite est sans nul doute transposable aux prêts consentis à titre gratuit. De graves difficultés apparaissent cependant lorsqu'on entend la mettre en œuvre à l'occasion d'opérations de cette nature, passées entre sociétés groupées. D'abord, la notion de prêt gratuit demande à être très étroitement cernée. Il serait en effet trop aisé à la société dominante d'imposer des conditions de rémunération dérisoires pour éluder la prohibition légale si celle-ci ne concernait que les prêts non rémunérés proprement dits. Il faut, par conséquent, admettre que la qualification de prêt à titre gratuit puisse être étendue aux prêts trop faiblement rémunérés pour assurer un avantage réel au prêteur.

Ensuite, à supposer fondée l'extension qui vient d'être proposée, la gratuité ne suffit pas à rendre l'opération illicite. Ce qui est interdit, ce n'est pas la gratuité en tant que telle, c'est la gratuité désintéressée. Le prêt interdit est celui dans lequel le prêteur s'engage sans espoir de contrepartie et poursuit en conséquence une finalité autre que celle décrite à l'article 1832 du code civil. Mais comment s'en assurer de façon certaine ? Il semble que le seul procédé sûr à cet égard soit de déduire la violation de la spécialité des sociétés de l'impossibilité totale de contrepartie, telle qu'elle résulte des circonstances contemporaines à la date de l'opération.

Ainsi, l'interdiction faite par le principe de spécialité suppose la réunion de deux conditions : les prêts inter-groupe ne sont prohibés que s'ils sont consentis à titre gratuit, sans aucune possibilité de contrepartie.

§ 1 — La gratuité du prêt

125. — Les hypothèses de prêts gratuits, à l'intérieur d'un groupe de sociétés, se présentent le plus souvent dans des situations particulières. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de soutenir une activité nouvelle ou une affaire en difficulté.

(14) En ce sens, v. COULOMBEL, « le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé », thèse, Nancy, 1949, p. 215.

(15) Cf. GRUA, « l'acte gratuit en droit commercial », thèse, Paris, 1978, p. 100, n° 73.

Certains groupes ne cachent pas leur intention de supprimer la gratuité dans leurs échanges financiers lorsque celle-ci constitue un obstacle à la politique de vérité des coûts et des prix internes qu'ils s'efforcent de mettre en place. De plus en plus nombreux apparaissent d'ailleurs les groupes désireux de déterminer des taux d'intérêt qui tiennent compte des risques propres aux opérations de financement envisagées. Pour autant, les taux en usage dans les groupes ne seront généralement pas portés au même niveau que les taux bancaires applicables à des opérations analogues. Il convient, en effet, de maintenir l'un des principaux avantages du groupement qui est de proposer aux sociétés membres des prêts à des taux préférentiels (16).

126. — L'existence d'un intérêt, quel que soit son montant, semble naturellement exclure le caractère gratuit de l'opération. Un auteur (17), pourtant, se refuse à l'admettre. Il est soutenu que toute opération de crédit inter-groupe, même assortie des conditions qu'exigeraient les banques et donc, a fortiori, de conditions plus favorables à l'emprunteur, doit nécessairement être qualifiée de gratuite. Cette opinion trouve son fondement dans les théories, classiques en droit civil, suivant lesquelles, l'équivalence des prestations à un contrat constitue le critère de distinction entre le titre gratuit et le titre onéreux (18). Dès lors, il pouvait être soutenu que les crédits inter-groupe relèvent du titre gratuit si un défaut d'équivalence des charges respectives de la société prêteuse et de la société emprunteuse était constaté. C'est l'objet de la démonstration de M. HOVASSE (19) : selon cet auteur, les taux pratiqués par les banques se justifient par la très grande répartition des risques qu'est en mesure d'opérer l'établissement de crédit. Traitant un grand nombre d'opérations, celui-ci peut en effet compenser les risques qui y sont inhérents d'une façon statistique. Or, les sociétés d'un groupe n'effectuent qu'un nombre plus limité d'opérations. Dès lors, les risques ne peuvent plus se compenser d'égale manière et les rémunérations, fonction des risques courus, devraient être nécessairement supérieures à celles exigées par les banques pour que la contre-prestation s'avère exactement équivalente.

127. — Dans la logique de la conception retenue, il est certainement exact d'affirmer que des risques accrus ou des services supplémentaires offerts à l'emprunteur doivent entraîner une rémunération du prêteur plus élevée que celle résultant des tarifs bancaires. C'est en effet seulement à cette condition que les prestations antagonistes s'équivalent rigoureusement.

(16) V. RIPERT, par ROBLLOT, « Droit Commercial », 9^e éd., LGDJ, 1977, n° 711, p. 461.

(17) HOVASSE, *op. cit.*, p. 69, n° 61.

(18) V. not. MAURY, « Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français », thèse, Toulouse, 1920 ; DUPEYROUX, « contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit », LGDJ, 1955, p. 104, n° 89 et s.

(19) HOVASSE, *op. et loc. cit.*

Mais, à supposer même que l'on puisse appliquer ces théories traditionnelles de la cause et de l'équivalence en droit commercial, deux observations pratiques doivent être faites. D'abord, le critère de l'équivalence, aux dires mêmes des auteurs qui l'ont élaboré (20), n'exige point un équilibre rigoureux des engagements réciproques. Aucun contractant n'est tenu de retirer du contrat tout le profit que sa situation lui aurait permis d'y trouver. Ce n'est que si la disproportion est flagrante que l'acte devra être disqualifié. Or, l'on peut, semble-t-il, légitimement estimer que la référence aux tarifs bancaires, auxquels on reproche assez souvent d'ailleurs d'être trop élevés, constitue en fait une circonstance insuffisante à traduire un tel déséquilibre.

En second lieu, on peut remarquer que si le prêt est consenti par une société dominante, l'accroissement des risques — dû à leur moindre répartition — est en quelque sorte compensé par la direction et le contrôle de l'activité économique de la société bénéficiaire grâce auxquels le prêteur peut surveiller l'emploi des fonds prêtés.

128. — Mais, indépendamment des mérites internes de l'argumentation développée par M. HOVASSE, on peut douter de la justesse de l'idée qui lui sert de point de départ : est-il bien sûr que la notion d'équivalence des prestations soit transposable en notre matière ? A juste titre, certains (21) ne l'ont pas admis : un critère fondé sur un équilibre en valeur des prestations en présence, s'il est valable en droit civil, ne peut en principe s'appliquer en droit commercial. La gratuité, en matière commerciale, ne saurait se caractériser par un quelconque déséquilibre des prestations. Il en est ainsi, que l'équivalence soit conçue objectivement ou subjectivement : on sait que selon M. DUPEYROUX, l'interprétation des articles 1104 à 1106 du code civil révèle que l'acte est onéreux lorsque les prestations sont équivalentes ou, à défaut, que les contractants les regardent comme telles alors même qu'objectivement l'une a une valeur inférieure à l'autre.

Or, ni l'équivalence objective, ni l'équivalence subjective ne peuvent être retenues.

129. — D'abord, une équivalence objective ne paraît guère concevable en matière commerciale, tant il est vrai qu'une détermination de la juste valeur respective des termes de l'échange est impossible (22). C'est d'autant plus vrai dans le domaine du crédit. Ainsi le financement d'une unité en difficulté, privée de tout concours bancaire, par une société dont les ressources seraient pléthoriques, peut être incomparablement plus avantageux pour la première qu'il ne l'est pour la seconde. Le besoin d'emprunter est considérablement plus important que l'avantage de placer

(20) V. not. DUPEYROUX, op. cit., p. 108, n° 91 ; T. civ. LANGRES, 15 mars 1900, D. 1900, 2, 422.

(21) GRUA, op. cit., p. 30, n° 14.

(22) *ibid.*

des capitaux excédentaires. De même, si l'argent frais n'a pas de prix pour une société aux abois, le même taux d'intérêt et les mêmes conditions pourront paraître excessifs à une autre société disposant d'un large crédit auprès de divers bailleurs de fonds.

C'est sans doute parce que dans le commerce il n'y a pas de valeur objective (23), que la loi commerciale ne permet pas de qualifier la gratuité d'après la valeur des prestations antagonistes. Dans l'unique cas, semble-t-il, où elle envisage expressément l'acte gratuit, l'article 29-1^o de la loi du 13 juillet 1967, la jurisprudence ne retient ni l'insuffisance, ni la disproportion des prestations contractuelles pour le définir. Elle se fonde seulement sur le défaut total de contrepartie. L'acte gratuit au sens de l'article 29-1^o, c'est « l'appauvrissement sans contrepartie au détriment de la masse des créanciers » (24).

Témoigne encore de ce qu'en droit commercial, l'acte gratuit n'autorise aucune analyse de la valeur, l'institution formelle, par la même loi du 13 juillet 1967, de l'opposabilité de droit à la masse des contrats commutatifs déséquilibrés. En effet, l'article 29-2^o, qui introduit ce nouveau cas de lésion, aurait été parfaitement inutile si la qualification d'acte gratuit pouvait, en droit commercial, entraîner une vérification par le juge de l'équilibre contractuel : le déséquilibre constaté suffirait à faire basculer l'opération vers la gratuité.

130. — Sans doute, en droit civil, est-il possible de pallier l'absence d'une équivalence objective par recours à la notion de valeur subjective. Mais, d'une part cette notion change totalement de signification en droit commercial (25) ; d'autre part, elle est inutilisable en matière de groupes de sociétés, les parties étant par hypothèse soumises à une commune autorité dominante.

Cela étant, la simple logique commande d'assimiler aux prêts gratuits, ceux par lesquels l'appauvrissement est dissimulé sous un taux d'intérêt si faible qu'il ne peut assurer aucune rémunération véritable au prêteur. Comment s'y refuser lorsque la rémunération de celui-ci ne couvre pas même la dépréciation de la monnaie ou sa propre charge d'emprunt, lorsque les fonds prêtés ont dû eux-mêmes être empruntés ? Il est alors certain que la véritable cause de son engagement réside ailleurs que dans le versement de l'intérêt financier prévu au contrat. Si cette cause est l'obtention d'une

(23) *ibid.*

(24) Com. 20 mai 1968, Bull. civ., IV, n^o 161, p. 143.

(25) Du même coup, cette notion devient plus fuyante, presque insaisissable : en droit commercial, « la valeur ne se mesure plus aux qualités intrinsèques qu'on attribue à la chose, mais aux perspectives de profit qu'elle ouvre. Le prix n'exprime plus le plaisir d'avoir, mais l'intérêt d'acquiescer » (GRUA, *op. cit.*, p. 32, n^o 16).

contrepartie sociale, le principe de spécialité est satisfait. Si, au contraire, elle est différente, ce dont on ne peut s'assurer qu'en constatant une impossibilité totale de contrepartie, l'opération méconnaît la spécialité légale de la société prêteuse.

§ 2 — L'impossibilité d'une contrepartie

131. — Si l'on entend contester une avance gratuite de fonds sur le fondement de l'article 1832 du code civil, il faut nécessairement établir sa finalité désintéressée, c'est-à-dire le fait que la société a accepté de s'appauvrir au profit d'autrui sans l'espoir d'un avantage en retour. Mais une certitude ne peut être acquise sur ce point que si toute contrepartie s'avère, en raison des circonstances contemporaines à l'acte, impossible à obtenir.

Précisons. Il importe d'abord de se référer aux circonstances contemporaines à l'acte. On ne peut, en effet, se contenter de faire observer que le prêteur n'a effectivement reçu aucun avantage en retour. Ce n'est pas l'issue malheureuse de l'opération financée ni l'évolution défavorable des affaires des parties à l'opération, ni plus généralement toute circonstance postérieure au prêt, qui dévoileront la poursuite d'une finalité désintéressée *ab initio*. La mauvaise fortune ne rend pas la gratuité illicite. Celle-ci ne pouvait l'être qu'à la date du contrat ou ne pas l'être.

132. — Ensuite, c'est seulement l'impossibilité totale de toute contrepartie, et non son inopportunité ou son insuffisante valeur prétendue, qui peut rendre la gratuité illicite. L'idée s'impose avec évidence en droit des sociétés. En effet, lorsque la majorité, au sein d'une société gouvernée selon le principe majoritaire, a décidé ou autorisé la conclusion d'un contrat, ce dernier est présumé présenter un intérêt pour la société. Un prêt gratuit doit donc être présumé consenti en vue d'une contrepartie et toute tentative d'un actionnaire pour le contester heurte l'autorité de la loi de la majorité. Certes, la mise à l'écart de cette règle est admise lorsqu'une règle d'ordre public est en cause. Mais l'ordre public n'est affecté que lorsqu'une société s'appauvrit sans contrepartie (27), non lorsqu'elle s'enrichit insuffisamment ou s'expose à des risques jugés inopportuns par un minoritaire. Ce n'est que lorsque la majorité prétend se retrancher derrière son pouvoir souverain de dire qu'un avantage existe pour la société alors que la survenance de celui-ci s'avère totalement impossible dès la date du prêt, que sa volonté peut être tenue en échec.

— (27) L'interdiction pour une société d'effectuer des actes désintéressés repose sur un motif d'ordre public (v. infra, p. 95, n° 141 et s.).

133. — La possibilité d'une contrepartie constitue ainsi la condition nécessaire mais suffisante de la validité des prêts gratuits. Elle ne peut être purement et simplement affirmée par une quelconque majorité mais doit objectivement résulter des circonstances. Tout intéressé qui contesterait l'opération doit donc établir l'impossibilité totale de contrepartie. L'entreprise présente cependant de considérables difficultés. Il s'agit de prouver un fait négatif, ce qui est d'autant plus ardu que la notion de contrepartie, elle-même, est vague et difficilement saisissable. Il faut donc tenter de la circonscrire. Un point est déjà acquis : l'appréciation d'une possibilité de contrepartie implique nécessairement un retour aux circonstances contemporaines à la date de la conclusion du prêt. Il faut rechercher si, à ce moment-là, l'opération pouvait offrir un avantage au prêteur, considération prise des relations alors nouées avec l'emprunteur.

Mais de telles relations sont habituellement dans les groupes de sociétés multiples et diverses et il n'est pas sûr que leur seule existence compense le sacrifice qu'il a consenti et lui assure quelque rémunération. Or, si l'avantage espéré peut être quelconque dans sa nature (A), la notion de contrepartie implique nécessairement la possibilité d'un avantage réel (B).

A. DIVERSITÉ DES CONTREPARTIES

134. — Depuis la loi du 4 janvier 1978, la contrepartie à attendre de l'emprunteur peut consister soit dans un bénéfice supplémentaire, soit dans une économie. La réforme accroît ainsi les possibilités d'une contrepartie dans les groupes qui intègrent un véritable circuit extra-bancaire de distribution du crédit. Si le prêteur est sollicité de mettre gratuitement ses fonds excédentaires à la disposition d'une autre société du groupe, par exemple, une société financière collectrice de l'ensemble des liquidités des sociétés groupées, l'opération lui assure certainement un avantage lorsqu'en échange, il peut solliciter des capitaux de la société financière avec l'avantage de profiter, en tant que membre du groupe, de taux préférentiels. Mais, au-delà d'une simple économie, le prêt gratuit peut également tendre à éviter une perte, voire à accroître les profits du prêteur. Cela ne peut surprendre lorsque prêteur et emprunteur entretiennent des rapports de filiation ou de participation ou encore des relations d'affaires.

135. — Lorsque le prêteur participe au capital de l'emprunteur, une aide financière gratuite peut être avantageuse à plusieurs points de vue.

Elle peut d'abord permettre à un prêteur qui dispose d'une participation minoritaire ou désire simplement accroître son influence dans la société emprunteuse, d'acquérir ou d'affermir son contrôle sans augmenter corrélativement sa participation. On sait, en effet, qu'une aide financière donne à son auteur un moyen de pression non négligeable sur la société bénéficiaire, dans l'impossibilité de rembourser en cas de requête soudaine.

Un prêt gratuit peut aussi constituer le seul moyen pour le prêteur d'éviter une perte considérablement plus importante que celle résultant de l'absence totale d'intérêt financier. Lorsqu'une filiale est en difficulté et aurait été vraisemblablement conduite à déposer son bilan sans le secours de la société-mère, celle-ci trouve d'évidents avantages à la financer gratuitement.

La ruine de la filiale aurait d'abord fait perdre à la mère les capitaux qu'elle y a engagés. Mais elle peut aussi menacer ses approvisionnements ou ses débouchés, entraver le développement du groupe sur certains marchés, etc... Elle aurait également porté très certainement atteinte à son propre crédit. Celui-ci est en effet, normalement, très étroitement lié à celui de la filiale.

Certes, on a décrit la personne morale comme un monstre non susceptible de sentiment (28) et, par conséquent, a priori incapable de ressentir l'indisposition d'une atteinte à son renom. Mais l'idée ne rend pas compte de la réalité (29). Pour obtenir les crédits indispensables, toute société doit inspirer confiance et, en conséquence, disposer du droit d'effectuer tout acte nécessaire au développement ou simplement au maintien de sa réputation d'honnêteté commerciale. « Si la personne morale est une abstraction, les réactions qu'elle suscite sont une réalité » (30). Or, de ces réactions, dépend le crédit de toute société. L'image d'une société-mère renflouant ostensiblement ses filiales en difficulté ne peut que se renforcer. Même difficilement évaluable, la contrepartie résultant des opérations d'assistance pour la société-mère apparaît certaine.

136. — Dans un arrêt du 1^{er} juin 1966, la Cour de Paris semble avoir admis la possibilité d'une contrepartie procédant d'une participation au capital (31). Il serait néanmoins excessif d'en déduire (32) que la contrepartie des prêts et avances résulte nécessairement et suffisamment de relations directes ou indirectes de participations entre les sociétés intervenant à l'opération.

En effet, si l'aide gratuite a été, par exemple, consentie à une filiale qui, dès la date du prêt, avait cessé toute activité et se trouvait dans l'impossibilité non seulement de rembourser les fonds mais encore de fournir le moindre avantage en retour (la filiale emprunteuse servant, par exemple, de relais entre le prêteur et une autre société), l'aide est certainement désintéressée,

(28) RIPERT « Aspects juridiques du capitalisme moderne », p. 74, n° 32.

(29) Elle n'est pas celle de la jurisprudence qui admet sans difficulté le droit pour une société d'agir en diffamation contre les atteintes portées à sa réputation commerciale, v. not. crim. 12 juin 1956, D. 1957, 577 ; 22 mars 1966, JCP 1967, 2, 15067.

(30) F. GRUA, op. cit., p. 104, n° 76.

(31) PARIS 1^{er} juin 1966, D. 1966, 665, qui décide qu'un aval consenti par une société devait être annulé aux motifs notamment que « la société garante ne disposait d'aucune part d'intérêt dans la société garantie ». (sol. a contrario).

(32) BELLENGER, article précit., rev. soc. 1964, p. 169, spéc., n° 20, p. 176.

donc illicite car toute contrepartie s'avère dès le départ impossible. Un rapport de filiation ne saurait alors justifier la gratuité, pas plus d'ailleurs que des relations d'affaires établies entre les mêmes parties.

137. — A travers l'existence de relations d'affaires qu'il entretient avec l'emprunteur, le prêteur peut cependant trouver dans certains cas une contrepartie.

En vérité, une telle justification n'est nullement spécifique aux groupes et pourrait, de la même manière, s'appliquer à des sociétés indépendantes mais commercialement liées. Il suffit que l'opération apparaisse comme un moyen pour le prêteur de réaliser indirectement son objet (33). La plupart du temps, la contrepartie consistera à faciliter la conclusion de contrats dont le principal bénéficiaire est le prêteur lui-même. Ainsi a-t-on observé (34) qu'«à l'imitation des brasseurs, les sociétés pétrolières avancent, souvent à fonds perdus, l'argent indispensable aux pompistes qui "portent les couleurs de leur marque" pour moderniser la station-service dont ils sont propriétaires ou qu'ils louent. En contrepartie, les sociétés pétrolières exigent de leurs emprunteurs un engagement exclusif d'achat, portant sur un litrage dont le quota est généralement calculé en fonction des forces de la station-service et des avantages accordés au titulaire». La Cour de Cassation semble partager cette analyse qui admet qu'un prêt peut trouver sa cause et l'appauvrissement, sa contrepartie dans un engagement d'exclusivité accepté par la société créditée (35).

138. — Mais, bien entendu, il n'est pas d'obstacle à admettre qu'un avantage puisse résulter pour le prêteur lorsque le prêt est destiné à contribuer, non à la conclusion d'un contrat mais à sa bonne exécution. Par exemple, une société productrice a certainement intérêt à consentir des prêts gratuits à une société distributrice lorsque l'opération contribue à lui assurer un débouché régulier pour ses produits ou à augmenter son chiffre d'affaires. De même, une société située en aval peut aider de cette manière son principal fournisseur pour le sauver de la cessation de paiements.

La Cour de Cassation paraît exiger une activité commerciale entre les parties préexistant au soutien financier (36). Cela est logique : si le courant d'affaires existe antérieurement au prêt et si celui-ci tend à le développer, ou simplement à le maintenir, il est évident qu'un avantage est possible pour le prêteur. Il ne nous paraît cependant pas exclu d'admettre le caractère

(33) GRUA, *op. cit.*, p. 84, n° 55.

(34) GAVALDA, «les crédits inter-entreprises : un exemple de financement extra-bancaire», *Mél. Johannès BAERMANN*, p. 321 et s.

(35) Com. 28 oct. 1969, JCP 1970, II, 16435 (sol. a contrario).

(36) Com. 10 février 1969, Bull. IV, n° 53, p. 54 ; rev. soc. 1970, p. 102, note M.G.

intéressé de prêts gratuits en l'absence de rapports commerciaux préalables, si les opérations apparaissent effectivement comme le prélude à un flux régulier d'affaires. En pareil cas, la contrepartie peut, en effet, être possible à la date du prêt.

Mais, la possibilité d'un avantage que le prêteur est en mesure d'obtenir auprès de l'emprunteur, dès la date du prêt, est insuffisante. Cet avantage peut, en effet, s'avérer si faible qu'il n'implique pour le prêteur aucune contrepartie réelle.

B. RÉALITÉ DE LA CONTREPARTIE

139. — L'exigence d'un réel avantage pour le prêteur est la seconde condition nécessaire au rejet de la qualification d'acte désintéressé. Selon la Chambre Commerciale (37), la contrepartie doit s'analyser en un « avantage notable » pour celui qui s'est engagé gratuitement. Cette condition emporte logiquement pour conséquence que le prêteur doit avoir contracté en prévision d'un avantage tel qu'il doit lui assurer non seulement la compensation des différents coûts que comporte l'opération à son égard mais aussi un gain net (38). C'est sur le montant du gain possible que l'on peut hésiter : suffit-il que la contrepartie offerte permette au prêteur de réaliser un gain net ou, au contraire, est-il nécessaire qu'elle soit équivalente à l'avantage retiré par l'emprunteur de l'opération ? Autrement posé, le problème est de savoir si la réalité de la contrepartie doit être fonction de l'équilibre des avantages réciproques retirés par les parties de l'opération ou seulement de l'existence d'un avantage pour le prêteur dépassant les charges que l'opération l'a obligé à supporter.

140. — Le problème est très pratique car, en fait, la gratuité peut être bien plus avantageuse pour l'emprunteur que ne l'est la contrepartie pour le prêteur. Lorsque l'emprunteur, client du prêteur, est en mauvaise posture, ou doit financer des investissements à haut risque, les banques peuvent se montrer réticentes ou exiger une rémunération très élevée. S'il peut disposer gratuitement de fonds, son avantage est évidemment considérable. Or, l'avantage qu'il peut lui-même procurer à son créateur, par exemple, un accroissement du chiffre d'affaires et des profits de celui-ci, peut être beaucoup plus faible.

Est-ce à dire que le prêt gratuit doit alors être considéré comme un prêt désintéressé ? Un auteur (39) est de cet avis, qui estime que le montant de l'aide admissible ne saurait dépasser, en volume, les profits que la société

(37) Com. 7 novembre 1966, Bull. civ., III, n° 41, 7, p. 367.

(38) Si le prêt est conclu en vue d'une économie ultérieure, celle-ci devra logiquement avoir une valeur supérieure aux coûts de l'opération pour le prêteur.

(39) Cf. HOVASSE, op. cit., p. 69, n° 69.

prêteuse est en droit d'attendre de l'activité de la société emprunteuse. La contrepartie ne serait réelle que si les avantages réciproques s'équilibrent raisonnablement. Nous ne partageons pas cette opinion. Le prêteur n'est nullement tenu de retirer de l'opération tout le profit possible, c'est-à-dire tout ce que l'emprunteur serait disposé à lui fournir en échange des fonds obtenus. Ce serait ouvrir la voie à une appréciation judiciaire de l'opportunité de la gestion et à une négation de la loi de la majorité nullement justifiées par la préoccupation de veiller au respect de l'ordre public. La qualification d'acte intéressé n'exige point une équivalence, même seulement raisonnable, des avantages dont profitent les parties.

Il est seulement nécessaire mais suffisant que la contrepartie escomptée par le prêteur soit supérieure à la charge qu'il accepte pour que son action revête un caractère intéressé. La solution proposée a le mérite de ne heurter nullement l'autorité de la règle majoritaire. Aucune majorité ne peut en effet accepter une charge, un appauvrissement sans espoir d'un avantage qui les compensera. Il est parfaitement inutile et d'ailleurs interdit au juge d'aller au-delà d'une telle vérification.

L'appréciation de l'avantage recueilli par le prêteur, s'il dépasse son prix de revient et lui assure ainsi un profit réel, un « avantage notable », est exclusivement une question d'opportunité (40). Si, en revanche, l'opération du prêt camoufle un appauvrissement unilatéral de l'une des sociétés du groupe, elle devra être sanctionnée.

(40) Mais la mise en œuvre de cette analyse n'est pas exempte de difficultés. En effet, si en dépit d'une marge d'erreurs toujours non négligeable dans la matière particulière du crédit, le prix de revient de l'opération pour le prêteur semble pouvoir être calculé de façon relativement satisfaisante, il est infiniment plus difficile d'évaluer l'avantage à recueillir auprès de la société bénéficiaire. Il importe en effet de déterminer la valeur des « profits » — gains positifs ou économies — que peut attendre le créateur de l'activité du crédit, ou encore le montant du préjudice qu'il y aurait à ne pas soutenir ce dernier... Les hypothèses les plus simples sont sans doute celles dans lesquelles l'avantage réside dans une majoration des profits de la firme prêteuse, résultant tantôt de l'accroissement de ses commandes, tantôt d'une augmentation des dividendes reçus de la société emprunteuse. Dans d'autres cas cependant, l'évaluation sera beaucoup plus délicate et sujette à caution. Ainsi, par exemple, sera-t-il extrêmement difficile de chiffrer tous les éléments du préjudice qu'aurait subi une société-mère prêteuse si elle n'avait pas aidé une filiale en difficulté à redresser ses affaires. En particulier, comment évaluer l'avantage résultant de la sauvegarde de son propre crédit et du maintien de son image d'honnêteté commerciale ? De telles difficultés, qui décroîtront sans doute avec les progrès des sciences de gestion, apparaissent toutefois inévitables si l'on entend apporter une sanction adaptée aux prêts et avances, méconnaissant la spécialité légale des sociétés.

SECTION II

Sanction de l'interdiction

141. — Les règles relatives à la spécialité légale ont pour fonction première de déterminer la place revenant aux personnes morales et leur domaine réservé d'activités dans un système donné de droit (41). A ce titre, elles constituent l'une des pièces maîtresses d'un dispositif légal d'ensemble visant à assurer la police des personnes morales de droit privé. On comprend dès lors que tout manquement au principe de spécialité légale doive être frappé de sanctions énergiques : il introduit, en effet, un bouleversement de l'organisation sociale et porte atteinte à un intérêt général. Aussi, la doctrine unanime admet-elle que les sanctions des actes sans contre-prestation juridique ni contrepartie économique accomplis par une société doit être une nullité absolue et d'ordre public (42). Une grande incertitude règne cependant quant à son fondement et son régime.

§ 1 — Fondement de la nullité

142. — Les auteurs sont partagés dans le choix du fondement précis qu'il convient d'attribuer à la nullité : illicéité de la cause de l'acte, pour les uns (43), défaut de personnalité de la société à raison de l'activité litigieuse pour d'autres (44), enfin incapacité de jouissance de la société suivant une troisième partie de la doctrine (45).

(41) Cf. P. MALAURIE, « l'ordre public et le contrat », p. 70, n° 102.

(42) En ce sens, v. HOVASSE, *op. cit.*, p. 78, n° 75.

(43) COULOMBEL, « le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé », thèse, Nancy, 1949, p. 215 : les sociétés, selon cet auteur, ne sont limitées que dans les buts qu'elles sont en droit de poursuivre et non dans les moyens mis en œuvre pour y parvenir. Dès lors, les prêts et avances ne poursuivant pas les objectifs décrits à l'art. 1832 c. civ. seraient frappés de nullité en raison de l'illicéité de leur cause, la société affectant ses ressources à d'autres intérêts que ceux que le législateur lui impose de promouvoir ; BECQUE, « théorie générale de la spécialité des personnes morales », th., Grenoble, 1908, p. 86.

(44) R. HOUIN, « les incapacités », R.T.D. civ., 1947, p. 383 et s., spéc., p. 395 : « la spécialité des personnes morales soulève également un problème de personnalité et non de capacité. Alors que, ajoute l'auteur, les personnes physiques ont une aptitude générale à être sujets de droit, les personnes morales ne possèdent cette aptitude que dans les limites de leur spécialité, c'est-à-dire de l'objet qu'elles se proposent. Le droit ne les reconnaît que dans cette mesure » ; Adde : RIPERT, par ROBLOT, t. I., 9^e éd., 1977, p. 442, n° 683 : « d'après la définition légale du contrat de société, il est de l'essence de la société de poursuivre la réalisation d'un bénéfice pour le partager entre ses membres. Dans le cadre ainsi tracé, la personne morale bénéficie d'une capacité complète ; en dehors de ce cadre, elle n'existe pas en tant que société » ; *ibid.*, n° 694 : « une société a la pleine capacité juridique. Il n'y a pas à s'inquiéter des incapacités qui frappent les individus, car elles tiennent à l'état physique ou intellectuel de la personne ou au statut familial. Il n'y a pas, comme pour les associations, à distinguer la grande ou la petite personnalité ».

(45) Cette thèse était soutenue, à l'origine, par les partisans de la théorie de la fiction selon lesquels l'État, seul créateur de la personne morale, restreint volontairement sa capacité. Dès

La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais tranché le débat. Les décisions rendues par les cours et les tribunaux concernant essentiellement les associations et spécialement les dons et les legs reçus par elles (46). Or, il n'est pas contestable que la capacité de ce type de personnes morales soit limitée.

Mais une prise de position de notre part s'impose-t-elle ? Il faut répondre par l'affirmative, car le choix entre les trois thèses a quand même une incidence pratique, même si c'est là la seule (47) : la répétition des prestations fournies en exécution d'un contrat annulé pour inaptitude ou incapacité de son auteur, s'impose, sans difficulté. La restitution peut néanmoins être paralysée par les règles *nemo auditur* et *in pari causa*, lorsque l'illicéité de la cause de l'acte est si grave qu'elle porte atteinte à des motifs impérieux d'ordre public. Or, il est permis de considérer que la méconnaissance de la spécialité légale des sociétés constitue une atteinte grave à l'ordre public (48).

143. — Dans ces conditions, laquelle retenir ?

Il n'est nulle difficulté à admettre que le principe de spécialité astreigne la société au respect d'une finalité précise, l'enrichissement collectif. Mais, faut-il se borner à ce constat, ou peut-on aller plus loin et reconnaître que le principe finaliste contribue au dessin d'un véritable statut de la personne morale ?

La réponse semble affirmative : la spécialité a pour conséquence l'application à la société d'un certain statut, contraignant par essence, donc une limitation de sa capacité. Certes, cette incapacité s'explique par la

lors, toute activité, même très peu importante, qui excéderait sa finalité légale serait illicite car les personnes morales n'ont « de droits que juste ce qu'il faut pour atteindre le but qui leur est assigné », LAURENT, « principes de Droit Civil », t. I, n° 30 ; adde VAVASSEUR, « des sociétés civiles et commerciales », 1921, n° 120. V. égal., B. STARCK, Droit Civil », introduction, 1972, n° 164, p. 73, selon lequel : « le principe de spécialité frappe toute personne morale d'une véritable incapacité de jouissance quant aux droits subjectifs étrangers à sa spécialité » ; H. HOVASSE, op. cit., p. 78, n° 75 et s.

(46) V. req. 2 janvier 1894, D. 1894, I, p. 81 ; 29 octobre 1894, D. 1896, I, n° 93 ; 3 novembre 1970, Bull. civ., I, p. 240, n° 293. V. égal. pour l'annulation d'un acte de commerce effectué par un syndicat professionnel, req. 3 avril 1912, S. 1913, I, 489, note NAQUET.

(47) Quelle que soit l'opinion retenue, le prêt consenti sans contre-prestation, ni contrepartie pour la société doit être annulé, que le co-contractant soit de bonne ou de mauvaise foi. Cela est évident lorsque la cause de nullité est l'incapacité de la société (v. not. HOUIN, op. cit., RTD civ. 1947, p. 402). Mais il n'en va pas différemment lorsque la nullité est prononcée sur le fondement de l'illicéité de la cause : si tous les actes gratuits ne sont pas désintéressés, les actes désintéressés sont normalement accomplis à titre gratuit — soit qu'il n'existe aucune contre-prestation, soit qu'une contre-prestation ait été effectivement stipulée mais qu'elle s'avère tellement inférieure à l'appauvrissement de la société prêteuse qu'elle peut être considérée comme symbolique. Or, en matière d'actes gratuits, l'illicéité (l'absence de toute contrepartie, de tout intérêt pour la société) aboutit au prononcé de la nullité, même si le créancier a ignoré la cause de celle-ci. La connaissance du motif illicite est indifférente si l'acte est gratuit à l'égard du créancier. Sur ces points, v. MARTY et RAYNAUD, op. et loc. cit. ; H.L. et J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil », t. II, 5^e éd., p. 234, n° 269, par M. de JUGLART.

(48) V. Paris, 12 novembre 1959, motifs, GP 1960, I, 144 ; adde MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 183, n° 200.

limitation des buts qu'elle est admise à poursuivre. Mais, il n'en reste pas moins que l'illicéité ne provient pas tant de la nature des actes accomplis que de la condition juridique de la personne qui les consent. Fondée sur un but restreint et spécialisé, l'inaptitude devient une situation objective, théoriquement indépendante des finalités effectivement recherchées. Si l'on peut dès lors écarter l'idée d'une illicéité de la cause de l'acte (49), deux autres thèses restent en lice, celle de l'incapacité de jouissance (50) et celle du défaut de personnalité.

144. — Selon les tenants de cette dernière opinion, l'inefficacité de ces actes est simplement déduite de ce que la société n'a aucune personnalité pour les accomplir. C'est pour cette raison qu'ils sont regardés comme en dehors du droit. Dès lors, puisque faute d'un concours de volontés, aucun contrat ne peut se former, l'acte désintéressé ne pouvait être que radicalement privé d'effets : il n'y aurait pas, en quelque sorte, une dualité effective de parties à l'acte. La thèse du défaut de personnalité doit cependant être écartée. D'abord, elle ne s'impose pas avec évidence. Ensuite, elle conduit directement à appliquer une théorie, aujourd'hui fort contestée, celle de l'inexistence.

L'idée que la personnalité juridique des sociétés est limitée, est, semble-t-il, exacte. Mais, on peut observer que la thèse de l'incapacité de jouissance aboutit également à une limitation de l'étendue de la personnalité juridique des sociétés (51). D'ailleurs, admettre que le principe de spécialité puisse directement limiter cette personnalité est discutable. Ce principe exprime un objectif à poursuivre, et non point directement une technique à l'aide de laquelle la spécialisation légale pourra être respectée. Or, cette technique procède précisément du mécanisme des incapacités. Dès lors, il paraît plus exact d'affirmer que s'il existe bien un défaut de personnalité juridique à raison de certains actes, c'est la conséquence d'une atteinte à la capacité de jouissance des sociétés, atteinte elle-même organisée par le législateur afin de permettre l'application du principe de spécialité.

Si l'argumentation proposée était insuffisante à emporter la conviction, on pourrait ajouter que le rejet du procédé de pure technique qu'est l'incapacité et la consécration de la thèse du défaut de personnalité, qui n'en est qu'un effet, conduit à appliquer la théorie de l'inexistence. En effet, l'acte n'existant pas juridiquement, il n'y a rien à anéantir. Une annulation serait

(49) En ce sens, v. HOVASSE, *op. cit.*, p. 85, n° 84.

(50) Sans doute ne s'agit-il pas d'une incapacité de protection comme il en existe au profit des mineurs ou des majeurs dont les capacités mentales sont altérées — même si, en définitive, la spécialité légale permet également de protéger indirectement le patrimoine social contre certains abus des contrôleurs. C'est une incapacité qui s'apparente à une véritable interdiction, celle-ci consistant à prohiber tous les actes dépassant la spécialité légale.

(51) V. MARTY et RAYNAUD, *t.*, I, vol. 2, n° 496.

donc proprement inconcevable. Or, cette théorie, qui n'offre aucun avantage supplémentaire sur celle des nullités (52), repose sur une conception aujourd'hui unanimement critiquée et rejetée (53) de l'acte-organisme.

A ce titre, si on ne peut purement et simplement la refouler du droit positif (54), il est permis de l'écarter chaque fois que son recours n'est pas absolument indispensable, a fortiori lorsque son application est elle-même contestable, ce qui est précisément le cas.

Seule, la thèse d'une incapacité de jouissance de la société nous paraît ainsi constituer le fondement de la nullité d'ordre public des prêts et avances désintéressés, dont il convient à présent d'étudier le régime.

§ 2 — Le régime de la nullité

145. — Un acte méconnaissant la spécialité légale d'une société doit-il être sanctionné par une nullité absolue de droit commun ou doit-il, considération prise des parties à l'acte, tomber sous le régime spécial des nullités prévu par la loi sur les sociétés ?

On pourrait, dans un premier mouvement, pencher pour la dernière branche de l'alternative. Ne doit-on pas faire jouer la réglementation particulière par préférence au droit commun qui n'a vocation qu'à s'appliquer à titre supplétif ? De plus, la cause de nullité ici concernée n'entre-t-elle pas dans le champ d'application de l'article 360-2° de la loi du 24 juillet 1966 ? De fait, l'article 1832 du code civil compte certainement au nombre des « dispositions régissant les contrats » au sens de l'article 360-2° (55). En outre, la défense faite par le premier texte aux sociétés d'accomplir des actes désintéressés a un caractère d'ordre public (56) et présente dès lors un caractère impératif (57).

(52) D'une part, cette théorie ne permet pas en pratique d'éviter les actions en justice destinées à sanctionner l'inefficacité des actes prétendument inexistantes. D'autre part, le régime d'une telle action n'est guère différent de celui des nullités absolues (v. not., FLOUR et AUBERT, « les obligations », vol. I, coll. U, p. 243, note 1). Ainsi, la jurisprudence n'a-t-elle jamais hésité à appliquer la prescription trentenaire à tous les cas de nullité échappant à l'art. 1304 c. civ., y compris dans les hypothèses où l'acte est atteint d'un vice si grave qu'il peut être considéré comme totalement dépourvu d'existence légale : V. COUTURIER, op. cit., p. 110, n° 139, et les décisions citées en notes 27 et 28.

(53) Depuis, notamment, JAPIOT (« Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle », thèse, Dijon, 1909, not. p. 285), et GAUDEMET (« Théorie générale des obligations », 1^{re} éd., 1937, p. 147) ; v. égal. MM. FLOUR et AUBERT, op. et loc. cit., et les auteurs cités.

(54) DUPEYRON, « La régularisation des actes nuls », LGDJ, 1973, p. 28, n° 47.

(55) HEMARD, TERRE, MABILAT, op. cit. ; t. III, p. 489, n° 632 ; p. 569, n° 745.

(56) V. supra, p. 95, n° 141 et s.

(57) Si toutes les lois impératives ne sont pas d'ordre public, toutes les règles d'ordre public sont nécessairement impératives. En ce sens, v. MALAURIE, op. cit., p. 67, n° 95 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 99 et s.

146. — Mais, en raisonnant de la sorte, on verserait dans une grave erreur. On mêlerait le régime de la nullité des actes et résolutions par lesquels le prêt a été décidé ou autorisé et celui du contrat de prêt lui-même. Or, seule la nullité des actes des organes de gestion, des délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale, et, généralement, des décisions prises par les organes légaux de la société, dans le cadre de son fonctionnement, est envisagée par les articles 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966. Le régime dérogatoire de la loi sur les sociétés ne saurait, en principe (58), régir la nullité de contrats passés par la société avec des tiers.

Cette distinction des régimes applicables à l'« acte » de l'article 360-2° et au contrat, semble-t-il, n'apparaît pas toujours nettement ni en doctrine (59) ni en jurisprudence. Sans doute, a-t-on, à juste titre, affirmé que le régime des articles 360 et suivants de la loi de 1966 n'était pas applicable à la nullité des contrats méconnaissant la spécialité légale de la société contractante (60). Mais, cette opinion repose sur le caractère d'ordre public de la règle transgressée et sur l'incompatibilité qu'il y aurait à appliquer, en pareille hypothèse, le régime spécial des nullités de sociétés, destinées à sanctionner les atteintes aux droits d'ordre privé des actionnaires (61).

Tout se passe comme si l'on admettait que la cause de nullité, ici évoquée, relève de celles de l'article 360-2° par la nature de l'acte qu'elle frappe mais qu'elle s'en distingue à raison de son caractère d'ordre public. Le raisonnement est ainsi manifestement faussé. En effet, le régime de droit commun des nullités absolues ne s'applique pas tant en raison du caractère d'ordre public de la règle méconnue et de l'intérêt public protégé — ce qui pourrait d'ailleurs être discuté, la loi du 24 juillet ne distinguant pas entre les nullités relatives et les nullités absolues (62) — qu'à raison de la nature des actes juridiques, qui sont en l'occurrence des contrats, que l'on entend sanctionner.

(58) Même s'il présente certaines analogies avec d'autres régimes prévus par le législateur du 24.07.1966, comme celui de la nullité des conventions de l'article 101 conclues avec des intéressés (art. 105, loi du 24 juillet 1966 ; sur ce point, v. *infra*, p. 179, n° 267 et s.).

(59) V., toutefois, *BALENSI*, « les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants », *Économica*, Paris, 1975, n° 185, p. 134.

(60) *HOVASSE*, *op. cit.*, p. 87, n° 87.

(61) V. égal. en ce sens, *CHAMBERY*, 22 novembre 1976, *rev. soc.*, 1977, 259, note *M. GUILBERTEAU* : la Cour de Chambéry a écarté la prescription triennale de l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 s'agissant de l'action en nullité d'un contrat de cautionnement d'engagements personnels du dirigeant par la société aux motifs que la prohibition faite à une société d'agir ainsi présente un caractère d'ordre public, entraînant la nullité absolue de l'opération et ne protège donc pas seulement les actionnaires. On ne s'attardera pas sur l'erreur qu'a commise la Cour d'examiner un texte — l'art. 367 — de toute évidence inapplicable à la cause (v. note *M. GUILBERTEAU*). On se contentera d'observer que la Cour aurait pu parvenir au même résultat en jugeant simplement que la nullité du contrat de cautionnement ne relevait en aucune manière du régime dérogatoire des nullités de sociétés, ce contrat n'étant pas un « acte » au sens de l'article 360-2°.

(62) *HEMARD, TERRE, MABILAT*, T. III, p. 574, n° 750.

147. — Ces derniers sont si peu des « actes » au sens de l'article 360-2° que le législateur a institué un texte spécial lorsqu'il a cru bon de réserver un régime particulier à la nullité de certaines conventions passées par la société. Ainsi, en est-il de celles conclues, en violation de la procédure de contrôle avec des intéressés visés à l'article 101 de la loi de 1966, conventions qui interfèrent nécessairement avec le fonctionnement de la société.

Il est bien évident que si le législateur a créé (63) un régime propre de nullité pour ces conventions — avec notamment une prescription triennale et une possibilité de couvrir l'irrégularité — qui le rapproche de celui des nullités prévues aux articles 360 et suivants de la loi de 1966, c'est que les règles normalement applicables n'y pouvaient suffire.

La nullité des prêts contraires à la spécialité légale de la société prêteuse, même consentis à des intéressés au regard de l'article 101 — puisque ce n'est pas la méconnaissance de la procédure de contrôle qui est en cause — obéit ainsi au droit commun des nullités absolues. De là, il résulte que tout intéressé peut intenter l'action, dans le délai de trente ans, sans qu'aucune instance de la société ne puisse en paralyser l'exercice par une ratification de l'acte illicite.

A. L'EXERCICE DE L'ACTION

Qui peut agir et dans quel délai ? Encore que la question de la prescription trentenaire suscite certaines difficultés propres à la matière étudiée, quant à son point de départ, c'est surtout la détermination des personnes recevables à agir qui paraît problématique.

1 - Les intéressés recevables à agir

148. — Le droit d'agir dépend de l'intérêt protégé par la règle violée. Celui-ci est ici un intérêt public. Il est donc logique que le droit de demander l'anéantissement de l'acte soit généralisé. Il est cependant bien certain que toute personne ne pourra demander la nullité qu'autant qu'elle sera « intéressée » (64). Et l'appréciation de l'intérêt du demandeur ne doit pas porter sur l'intérêt qu'il a à voir disparaître l'acte illicite mais sur celui de faire respecter la règle violée (65). Il devra donc être titulaire de droits anta-

(63) Article 105, loi du 24 juillet 1966.

(64) Cf. art. 31, Nouveau Code de Procédure Civile : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

(65) Le droit d'agir suppose que le demandeur est entré en rapport juridique avec la société et que l'acte dont il sollicite l'anéantissement porte préjudice aux droits qui procèdent de ses relations avec la société. De même « qu'on ne peut rechercher le critérium de la recevabilité d'une action dans les conséquences éventuelles de sa solution favorable » (Angers, 15 juillet 1936,

gonistes, affectés ou susceptibles d'être atteints par la situation créée par cet acte (66). Comme le remarque M. COUTURIER, même lorsque la nullité est fondée sur une violation de l'ordre public, « il est nécessaire que le demandeur puisse justifier d'un certain intérêt car le juge n'a pas à tirer d'autres conséquences de la nullité que celles qu'elle a vis-à-vis du demandeur » (67).

149. — Sans nul doute, l'action en nullité pourra donc être intentée par la société elle-même, l'appauvrissement résultant du prêt ou de l'avance lui étant nécessairement préjudiciable. Il y a cependant tout lieu de craindre que les organes de représentation de la société s'abstiendront d'agir dans la mesure où ils sont intéressés dans la société emprunteuse. L'effectivité de la sanction dépendra dans ces conditions de la recevabilité d'une action des associés ou actionnaires et de celle des créanciers sociaux. Rien ne semble s'opposer à une action de ces derniers puisque l'illicéité commise a, par hypothèse, entraîné une diminution de leur gage qui menace le recouvrement normal de leurs créances. Mais, comment admettre qu'un actionnaire puisse demander la nullité d'un contrat conclu par la société avec un tiers alors que, par principe, seuls les représentants légaux ont qualité pour intenter l'action ?

150. — Il y aurait peut-être une solution qui consisterait à considérer l'actionnaire comme tout autre tiers intéressé à l'anéantissement du prêt illicite. Encore faudrait-il que ses droits propres s'en trouvent lésés ou soient susceptibles de l'être par la situation engendrée par le prêt.

Or, l'actionnaire a-t-il un droit propre au respect par la société de sa spécialité légale ? Rien ne l'exclut a priori : on peut en effet admettre que le

GP 1936, II, 732), dans la mesure où la prétention du demandeur serait accueillie, auquel cas l'intérêt de celui-ci n'est pas actuel, de même il ne suffit pas qu'il ait seulement intérêt à l'inefficacité d'opérations de crédit inter-groupe. A ce compte, en effet, toute politique de centralisation et de répartition des ressources financières des sociétés groupées pourrait être contestée, même sans aucune chance de succès, par des entreprises concurrentes, voire par des banques intéressées à la disparition d'un circuit de crédit organisé en dehors d'elles et de nature à nuire à leur activité. Selon la jurisprudence, il doit s'agir d'un intérêt juridique, et non pas seulement pécuniaire, v. Paris, 9 déc. 1932, DP 1934, 2, 19, note PIC ; v. égal., Paris, 5 juillet 1954, D. 1954, jurispr., p. 706. En l'espèce, une société VIN demandait la nullité d'une société SACEM qui, selon elle, aurait dû être constituée sous forme d'association et non de société. Mais, la première société n'avait aucun rapport juridique avec la seconde et prétendait simplement obtenir en justice l'anéantissement d'une société concurrente dont l'activité lui nuisait. Elle fut déclarée irrecevable en son action en annulation pour défaut d'intérêt : « considérant que le demandeur en nullité doit justifier d'un tel intérêt même lorsque la nullité invoquée est la conséquence d'une règle d'ordre public ; que la SARL VIN et Cie, qui est sans rapport juridique avec la SACEM, ne pourrait, pour réclamer la nullité d'une société concurrente, se borner à établir comme elle l'a fait devant le tribunal, que l'activité de cette société lui est préjudiciable, qu'elle devrait encore prouver que ce préjudice est en relation avec la forme même adoptée par ce groupement et qui serait, d'après elle, contraire aux principes régissant les personnes morales ».

†(66) COUTURIER, « la confirmation des actes nuls », LGDJ, 1972, p. 280, n° 314.

(67) COUTURIER, op. cit., p. 277, n° 313.

contrat de souscription lui donne au moins ce droit élémentaire d'exiger que la société se comporte en personne morale de cette nature et celui, par voie de conséquence, de s'opposer à tous les actes par lesquels elle s'appauvrit sans contrepartie. D'ailleurs, l'apport qu'il a effectué au profit de la société, l'aliénation qu'il a acceptée de ses pouvoirs de gestion sur ce bien l'ont été à la condition que celui-ci soit effectivement utilisé dans un but social et exposé aux risques qu'il implique, mais non à des fins différentes.

Certains auteurs (68), s'appuyant sur la jurisprudence qui a déclaré recevable l'action d'un actionnaire poursuivant la nullité d'un contrat intéressant un administrateur et passé en violation des dispositions de l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867, estiment que la solution peut être étendue à toutes les hypothèses où un organe social a agi en dehors de ses pouvoirs légaux. Dans cette opinion, tout actionnaire aurait qualité pour demander la nullité d'une convention conclue par la société avec un tiers en méconnaissance des règles d'attribution et de partage des compétences établies par la loi.

Dès lors, ne serait-il pas permis, par argument a fortiori, de reconnaître à l'actionnaire cette faculté, s'agissant d'un contrat signé en infraction à la spécialité légale des sociétés ? La méconnaissance de ce principe par le représentant légal de la société a, en effet, nécessairement pour conséquence un dépassement de ses pouvoirs infiniment plus grave qu'au cas d'irrespect de la procédure de l'article 40, devenu l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 : une chose est de devoir respecter une certaine procédure pour exercer un pouvoir, autre chose est de ne posséder aucun pouvoir pour passer un acte.

151. — Mais, l'actionnaire pourrait-il invoquer un préjudice qui lui soit purement personnel ? Force est de reconnaître qu'il ne peut en être ainsi ; l'appauvrissement social sans contrepartie entraîne une lésion des intérêts de tous les actionnaires (69). L'objet de son action, dans lequel la doctrine s'accorde à considérer le critère de distinction entre les actions individuelles et

(68) STOUFFLET et BETANT, *juriscl. soc.*, fasc. 149, « Actions judiciaires », n° 151 et s.

(69) Certes, l'appauvrissement se répercute sur la situation personnelle des associés en diminuant la valeur réelle de leurs parts ou actions. Mais ce préjudice personnel disparaîtra, en même temps que le préjudice collectif, par suite de la reconstitution des actifs sociaux ou, dans le cas contraire, affectera tous les associés à hauteur de la fraction du dommage social qu'ils doivent supporter, en vertu des règles de répartition des pertes. C'est bien la preuve que le préjudice de l'associé n'est que le « reflet » du préjudice social ; en demandant réparation d'un dommage prétendument propre, en fait la fraction du préjudice social correspondant à sa participation au capital, l'associé ne pourra invoquer que le préjudice subi par la personne morale. Au demeurant, il aurait les plus grandes difficultés pour chiffrer, dans sa demande, le montant de la dévaluation de ses titres puisqu'il lui faudrait cristalliser la situation et calculer la somme qui lui reviendrait en cas de liquidation immédiate de la société, pour la comparer au prix de revient de sa participation. Or, à quelle date se placera-t-on pour fixer cette liquidation théorique ? Longtemps après la réalisation de l'opération litigieuse, l'incertitude peut, en effet, demeurer sur son caractère intéressé.

les actions sociales (70) ne tendrait nullement à réparer un dommage propre mais à recombler, dans l'intérêt de tous les actionnaires, le fonds social dans la mesure de son appauvrissement illicite.

Au cas particulier, la reconnaissance d'un droit propre ne serait donc d'aucune utilité. Même s'il disposait d'un tel droit, il ne pourrait en user que pour intervenir dans l'ordre interne et agir par exemple en nullité des décisions prises par les organes de la société ou encore en responsabilité contre les administrateurs. Loin de le lui reconnaître, en effet, le contrat de souscription ôte tout droit à l'actionnaire de remettre en cause un contrat passé par la société avec un tiers.

152. — Un simple associé est sans qualité ; un actionnaire agissant individuellement ne peut se substituer à la société pour exercer les voies et actions de celle-ci dans ses rapports avec les tiers.

Cette solution classique (71) est habituellement justifiée de la manière suivante : admettre, a-t-on dit en premier lieu, qu'un actionnaire puisse remettre en cause un rapport juridique noué par la société avec un tiers reviendrait à faire abstraction de la personnalité morale. Or, la jurisprudence l'a toujours refusé, même dans l'hypothèse de sociétés en liquidation (72) dont la personnalité est, comme on l'a noté (73) « nécessairement atténuée ». Ce serait, en effet, « remettre définitivement en cause le principe même du groupement et de sa cohésion » (74).

On pourrait, en second lieu, se demander quelles seraient l'autorité des dirigeants et l'efficacité de leur action, si tout actionnaire pouvait, à tout instant, remettre en cause les conventions passées par la société avec des tiers. Or, ce sont précisément ces raisons qui ont conduit le législateur, par des

(70) V. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 198, n° 263 et réf. citées ; sur la confrontation des différents critères de distinction de l'action sociale et de l'action individuelle, v. J. STOUFFLET, S. BETANT, *juriscl. soc. fasc.* 149, n° 98 et s. ; sur le critère de l'objet de l'action engagée, v. *civ.* 26 novembre 1912, D. 1913, I, 377, note THALLER.

(71) STOUFFLET et BETANT, *juriscl. soc. fasc.* 149, n° 146 et les décisions citées ; PAILLUSSEAU « la société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », 1967, p. 246 ; HEMARD, TERRE, MABILAT, T. I, p. 812, n° 947 ; D. SCHMIDT, note sous com. 6 décembre 1977, *rev. soc.* 1979, 373.

(72) Com. 2 mai 1968, *Bull. civ. IV*, p. 129 ; 15 décembre 1977, *revue soc.* 1978, 725, note CHARTIER.

(73) CHARTIER, note précitée.

(74) CHESNE, « L'exercice ut singuli de l'action sociale dans la société anonyme », *RTDco* 1962, 347, spéc. n° 24, note 5 ; voir également J. STOUFFLET et S. BETANT, *Juriscl. cit.*, fasc. 149, n° 149 : « s'il est vrai qu'associé et société ont des personnalités distinctes, il n'en résulte pas que l'associé puisse être considéré comme un tiers à l'égard des actes passés par la société. S'agissant de la vie externe de la société, l'associé ne fait qu'un avec elle parce que ses intérêts sont fondus avec ceux des autres associés dans la personne morale ».

textes (75) dont le caractère impératif n'est pas contestable (76), à ne donner qualité pour agir contre les tiers qu'aux représentants légaux de la société, quitte aux actionnaires à se retourner contre eux lorsque leur inaction provoquerait un préjudice social. Se donner des représentants, c'est aussi se donner des maîtres.

153. — Mais, si ces arguments sont parfaitement appropriés à la situation de sociétés restées indépendantes, on peut douter de leur justesse dans les rapports de groupe.

D'abord, s'il existe une cohésion du groupement face aux tiers, celle-ci caractérise bien plus le groupe de sociétés lui-même que la cellule sociétaire. En effet, alors que le groupe apparaît comme une entité cohérente, un bloc homogène manifestement distinct du reste des entreprises, les tiers s'aperçoivent bien que les sociétés membres, si elles restent des centres d'intérêts juridiquement autonomes, avec lesquels d'ailleurs ils traitent, ne se suffisent nullement à elles-mêmes. Leur sort est totalement lié à celui du groupe. L'existence d'une direction économique commune et l'effectivité du phénomène de domination inclinent à penser que la notion de tiers devrait être saisie une fois passées les frontières du groupe (77).

En outre, du côté des actionnaires de sociétés groupées, l'ordre collectif n'est plus tel qu'il absorbe les intérêts individuels des associés. C'est une pure fiction que de dire que leurs intérêts sont fondus dans la société. Bien au contraire, l'expérience montre qu'un pont est jeté entre les intérêts du capital dirigeant et le groupe, qui est évidemment infranchissable pour des minoritaires. Sans doute, le gouvernement de la société selon des intérêts extérieurs ne constitue pas une raison de mettre à l'écart le principe majoritaire (78). Mais l'attribution aux actionnaires des sociétés groupées, pris individuellement, du droit de demander pour le compte de la société la nullité de contrats passés avec d'autres sociétés du groupe ne doit pas être aperçue comme un encouragement à l'appréciation par les minoritaires de l'opportunité de la gestion des majoritaires. Ceux-ci ne sont, en effet, assurés de leur droit souverain de définir l'intérêt collectif que dans le cadre du fonctionnement régulier de la société (79). En particulier, ils ne peuvent se plaindre d'une quelconque immixtion de la minorité au regard de l'acte attaqué, lorsque celui-ci méconnaît une règle d'ordre public : il n'a jamais, en effet, été dans leur pouvoir de l'accomplir.

(75) V. par exemple les articles 113 et 126 de la loi du 24 juillet 1966 en ce qui concerne le président du Conseil d'Administration dans les SA de type classique et le président du directoire dans les SA de type nouveau.

(76) En ce sens, SCHMIDT, note précitée, rev. soc. 1979, 373.

(77) Comp. la position des autorités bancaires chargées de l'application de la réglementation des dépôts, supra, p. 54, n° 63 et s.

(78) Infra, p. 268, n° 291 et s.

(79) SCHMIDT, « Les droits de la minorité... », op. cit., p. 208, n° 275.

154. — Dans ces conditions, faut-il interdire aux minoritaires de se manifester contre des tiers qui n'en sont pas et les obliger à agir contre des administrateurs qui ont, en fait, abandonné l'essentiel de leurs pouvoirs et dont le patrimoine personnel sera, dans beaucoup de cas, insuffisant à réparer le préjudice social ? Quels avantages y a-t-il, en définitive, à maintenir la règle d'exclusivité du pouvoir de représentation en ce qui concerne les demandes en justice dirigées contre tous les tiers lorsque, à l'égard de certains d'entre eux, son détenteur n'est plus que formellement le « chef de la société » et que ses attributions procèdent d'une « délégation » plus ou moins précise et complète, décidée par la société dominante (80), seule souveraine dans son groupe ?

D'une façon très générale, on peut ainsi se demander si, de lege ferenda, il ne paraît pas souhaitable d'écarter la règle de l'exclusivité de la représentation sociale en ce qui concerne les demandes en justice dirigées contre certains tiers, savoir les sociétés appartenant au même groupe. D'évidents risques d'inertie et de complaisance des représentants légaux sont alors à craindre. Pour y parer efficacement, le législateur ne devrait-il pas considérer, plutôt que les rapports internes à la société, les rapports internes à un groupe pour limiter l'action individuelle des actionnaires ?

Il ne semble pas y avoir lieu de redouter des actions trop nombreuses ou intempestives : un pourcentage minimum de détention du capital pourrait être exigé de la part du demandeur ; son action devrait, semble-t-il, à l'instar des actions exercées *ut singuli* (81), revêtir un caractère subsidiaire ; enfin et surtout, la faculté pour l'actionnaire d'agir individuellement aurait pour corollaire la démonstration préalable par ses soins de l'existence de liens de groupe entre les sociétés en présence et de l'effectivité du pouvoir de domination exercé sur la société qu'il croit lésée, à laquelle il appartient.

Par ailleurs, l'action en nullité sera d'autant plus facile que ne la paralyse en la matière aucune prescription abrégée.

2 - L'application de la prescription trentenaire

155. — Dans l'opinion de certains auteurs (82) et suivant certaines juridictions (83), il est des engagements méconnaissant si gravement le droit

(80) V. par exemple, en ce sens : A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *op. cit.*, p. 37, n° 75 ; M.X. de ROUX, P.D.G. de la société UNIPOL dans une lettre adressée aux actionnaires titulaires de titres nominatifs, s'exprime ainsi : « il est très généralement reconnu qu'une gestion est d'autant plus efficace et économique que le responsable d'une entreprise peut en dominer l'ensemble. Nous avons choisi au mieux pour chaque société (filiale) l'homme chargé d'en assurer la direction générale. Dans le cadre d'un budget prévisionnel, il s'engage vis-à-vis de la société-mère à réaliser certains objectifs. Il a une vaste délégation et assume l'ensemble des responsabilités du secteur qui lui est confié ».

(81) Sur le régime de l'action sociale *ut singuli*, v. STOUFFLET et BETANT, *op. cit.*, fasc. 150.

— (82) HOVASSE, *op. cit.*, p. 88 ; CHARTIER, note sous t. inst. BOULAY, 13 juin 1975, précité.

(83) Chambéry, 22 novembre 1976, motifs, précité.

des sociétés que l'action en nullité dirigée contre eux ne saurait être enfermée dans le délai triennal prévu par la loi sur les sociétés (article 367 de la loi du 24 juillet 1966). Par application, les prêts et avances désintéressés seraient de ces actes dont on ne peut admettre qu'ils se « cicatrisent » aussi vite par le temps. Fondé sur un motif d'ordre public, le droit d'invoquer la nullité obéirait dès lors à la prescription trentenaire du droit commun des nullités absolues (article 2262 du code civil).

La solution est exacte, quoique l'argumentation dont il est fait usage pour y parvenir semble des plus contestables. Nous avons, en effet, déjà observé que ce n'est pas la gravité de l'illicéité qui commande d'écarter l'article 367 de la loi de 1966 mais simplement le fait que la convention, dont la nullité est demandée, ne saurait constituer l'un des « actes » prévus à l'article 360-2° de cette loi.

156. — Mais si l'action en nullité des prêts contraires à la spécialité légale des sociétés se prescrit par trente ans, encore faut-il pouvoir déterminer avec précision le point de départ de la prescription. Celui-ci ne saurait coïncider ni à la date de la délibération collective (du conseil d'administration ou de l'assemblée) qui aurait éventuellement autorisé l'opération, ni à celle de la décision de l'organe de gestion d'effectuer le prêt (84). Ces événements sont, en effet, purement internes à la société et il ne s'agit ni d'annuler une délibération collective ni la décision d'un organe de gestion, mais une convention passée avec un tiers. Le point de départ de la prescription doit donc être fixé à la date de la mise à disposition effective du prêt ou de l'avance, par remise directe des fonds ou inscription en compte ou à celle de l'utilisation des sommes promises en cas d'ouverture de crédit.

B. L'IMPOSSIBILITÉ D'UNE RATIFICATION PAR L'ASSEMBLÉE

157. — Quelle que soit la conception que l'on retienne de la notion de confirmation, réitération de la volonté originelle ou renonciation au droit de critique dirigé contre les effets d'un acte (85), on doit admettre qu'il n'est au pouvoir d'aucune majorité de confirmer contre l'ordre public.

Cette proposition peut être vérifiée sans difficulté si l'on voit dans la confirmation un procédé permettant de valider un acte inefficace à l'origine, en se surajoutant pour s'intégrer en quelque sorte à lui. La confirmation, conçue comme une réitération de volonté, ne saurait réparer un vice autre que subjectif, tel un vice du consentement. Elle ne peut consolider un acte atteint d'une irrégularité objective comme la méconnaissance de la spécialité légale :

(84) Cette dernière solution étant, en outre, susceptible d'ouvrir la voie à certains abus.

(85) JAPIOT, « Des nullités en matière d'actes juridiques... », th. préc.

l'acte confirmatif, parce qu'il violerait lui-même la prohibition, serait tout aussi dépourvu de validité que l'acte confirmé (86). En effet, « comment le nouveau consentement pourrait-il être plus efficace que le consentement originaire, comment pourrait-on permettre un acte en le confirmant, qui était et demeure contraire à l'ordre public ? » (87).

158. — Si, en revanche, l'on considère, à la suite des analyses modernes, que la confirmation est un acte distinct par définition de l'acte confirmé par lequel les titulaires du droit de critiquer l'acte nul renoncent à ce droit et se privent eux-mêmes du droit de l'attaquer, le raisonnement est naturellement différent. Il aboutit cependant au même résultat, même si l'on est conduit à poser que la gravité de l'illicéité de l'acte n'a aucune incidence sur la survie du droit de critique, qui reste attaché à toute nullité, quelle qu'elle soit.

En cas de violation d'un principe d'ordre public, le droit de critique demeure mais il devient indisponible (88). Aucun particulier ne peut, dès lors, prétendre donner effet à l'acte nul en abdiquant son droit. La renonciation est inefficace parce que le droit sur lequel elle porte est indisponible.

Il n'est donc pas possible à l'assemblée de consolider l'acte annulable par une ratification qui serait elle-même illicite (89).

(86) Chambéry, 22 novembre 1976, précité.

(87) COUTURIER, op. cit., p. 280, n° 315.

(88) COUTURIER, op. cit., p. 283, n° 318, « on comprend aisément qu'essentiel à la sanction d'une règle d'intérêt social, le droit de critique de chacun des intéressés soit de ces droits dont il importe que leurs titulaires ne se dépouillent pas. L'urgence de la dénonciation de l'illicite impose que tous aient le droit de faire valoir la nullité, elle impose que tous conservent ce droit ».

(89) Toute régularisation serait évidemment aussi impossible. Certes, ratification et régularisation sont deux techniques de consolidation de l'acte aux champs d'application différents. On a remarqué que si les actes atteints de nullité absolue ne peuvent être confirmés, ils sont néanmoins susceptibles dans certains cas d'être régularisés (cf. DUPEYRON, op. cit., LGDJ, 1973, p. 239, n° 343). Cette dernière possibilité doit être cependant écartée d'évidence : elle ne s'applique qu'aux actes envisagés par l'art. 360-2° de la loi du 24 juillet 1966 (la faculté de régularisation étant alors très générale, puisque l'art. 362 de la loi de 1966 qui la prévoit, ne distingue nullement entre les nullités absolues et les nullités relatives - HEMARD, TERRE, MABILAT, op. cit., t. III, n° 750, p. 574 - et ne fait obstacle à la réparation que d'un seul vice, celui tenant au caractère illicite, contraire à l'ordre public de l'objet de la société) et non, par exemple, à un contrat de prêt passé par la société. D'ailleurs, comment celle-ci pourrait-elle de son propre chef transformer, en greffant à l'acte illicite les éléments nécessaires à sa régularité, ou anéantir l'acte irrégulier sans l'accord de la société emprunteuse ? On peut effacer l'illicéité d'un acte interne à la collectivité des associés, on ne « régularise » pas un contrat. Et même, à supposer que les dirigeants du groupe fassent pression sur l'emprunteur pour l'obliger, par exemple, à accepter la stipulation rétroactive d'un taux d'intérêt satisfaisant ou à rembourser les fonds empruntés, il ne s'agit pas, bien entendu, d'une « régularisation » mais d'une réfaction pure et simple du contrat.

CHAPITRE II

OCTROI DE PRÊTS ET SPÉCIALITÉ STATUTAIRE

159. — Une politique financière d'ensemble exige une adéquation optimale des ressources dégagées par le groupe à ses besoins de financement. Il importe donc que toute société membre disposant de capitaux excédentaires puisse les prêter aux sociétés démunies et qu'elle soit en mesure de réaliser le plus rapidement possible l'opération.

Le principe de spécialité statutaire constitue-t-il un obstacle à la poursuite de tels objectifs ? A priori, on aperçoit mal en quoi il le serait : il n'oblige en effet la société qu'à préciser le type d'entreprise dans lequel elle va s'efforcer d'obtenir le bénéfice ou l'économie que l'article 1832 du code civil lui impose de rechercher. L'indication dans les statuts du type d'activité économique pour l'exploitation de laquelle la société a été constituée (90) est en effet nécessaire à la validité de la société (91). Or, le choix des associés parmi toutes les activités que l'article 1832 du code civil donne aux sociétés la capacité d'accomplir (92) n'est nullement restreint. Ainsi, en particulier, sont-ils théoriquement tout à fait libres de constituer une banque ou un établissement financier (93). En pareil cas, la spécialité statutaire ne saurait bien évidemment constituer un quelconque obstacle à l'octroi de prêts, cette activité relevant alors de la spécialité de la société (94).

160. — Ce serait cependant oublier que la spécialité de la société une fois définie dans ses statuts, circonscrit son domaine d'activité et instaure

(90) BLAISE, *Rep. com.*, v. *Objet Social*, n° 1 ; RODIERE et HOUIN, « *Droit commercial* », t. 1, 1970, p. 340 ; CORDONNIER, « *l'Objet Social* », D. 1952, 171.

(91) L'obligation figure, en ce qui concerne les sociétés en général, à l'article 1835 c. civ., et les sociétés commerciales, à l'article 2 de la loi du 24 juillet 1966. Il ne suffit donc pas aux associés de reprendre à leur compte, dans le pacte social, l'obligation faite à toute société par l'article 1832 c. civ. en indiquant, par exemple, que la société peut exercer toute activité quelconque, en tous pays, susceptible de procurer un bénéfice.

(92) V. *supra*, p. 96 et s.

(93) Cette situation caractérise notamment les groupes où la fonction financière est très spécialisée : le rôle financier de la holding ou de la société-mère tend alors à décroître à l'avantage d'unités dont l'activité est principalement la distribution de crédits aux filiales.

(94) Cette hypothèse sera donc écartée des développements qui vont suivre.

une limite aux pouvoirs de ses organes. De fait, même investis, aux termes de la loi sur les sociétés commerciales, des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, les organes de gestion doivent en principe respecter les limites de l'objet social. Seule l'assemblée générale extraordinaire des apporteurs de capitaux est en mesure d'étendre le champ de l'activité sociale et, par conséquent, d'accroître les pouvoirs des organes de gestion, en modifiant, dans les formes légales, l'objet statutaire.

A cet égard, la spécialité de la société telle qu'elle est déterminée par son objet social paraît de nature à entraver tant la généralisation du droit de prêter au profit de toutes les sociétés groupées que l'objectif de rapidité dans la réalisation des prêts. D'une part en effet — on ne considère que les sociétés du groupe à vocation industrielle ou commerciale à l'exclusion des sociétés financières — seules les sociétés dont l'objet statutaire permet qu'elles se livrent à une activité de prêt, pourront effectivement octroyer des prêts aux membres de leur groupe. D'autre part, si le pacte social ne permet pas de telles opérations, celles-ci ne pourront être accomplies qu'après intervention d'une assemblée générale extraordinaire, ce qui est long et coûteux.

Pour que les deux impératifs d'une politique de collecte de fonds et de crédit du groupe puissent être satisfaits, possibilité de prêter et de réalisation immédiate de l'opération, il convient par conséquent que le pacte social autorise le prêt et donne ainsi pouvoir de le réaliser au nom de la société aux organes de gestion. Il faut préciser ces conditions de conformité du prêt à l'objet social (section I).

161. — Mais, estimera-t-on, à quoi bon s'intéresser à la validité de ce contrat si, de toute façon, celle-ci est acquise au profit de la société emprunteuse ? De fait, l'ordonnance 69-1176 du 20 décembre 1969, bouleversant en cela les solutions traditionnelles du droit français, n'a-t-elle pas disposé que les actes sociaux, excédant l'objet statutaire, continuent à engager vis-à-vis des tiers les SARL, sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions (95) ? Du coup, ce texte n'a-t-il pas pour effet de supprimer en réalité tout obstacle aux prêts intra-groupe tiré du respect de l'objet statutaire ? La réponse est négative.

D'abord, l'objet statutaire continue de jouer son rôle primitif dans les rapports internes à la collectivité des associés : non seulement il confère une limite concrète aux pouvoirs légaux des organes sociaux mais il permet également d'en sanctionner la transgression par la mise en œuvre de leur responsabilité. Cette menace brandie par une minorité agissante et organisée apparaît déjà comme un frein aux échanges financiers intra-groupe. Mais, encore faut-il que les dirigeants sociaux soient en mesure de répondre sur leur patrimoine personnel des conséquences préjudiciables du dépassement de pouvoir dont ils se sont rendus coupables : à défaut, seule une action en

(95) Cf. les articles 49, al. 5 ; 98, al. 2 ; 113, al. 2 ; 124, al. 2 ; 255, al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 telle que modifiée par l'ordonnance du 20 décembre 1969.

nullité pourra être envisagée en sanction de l'irrégularité. Certes, la nullité sera en principe inopposable aux tiers, mais cette inopposabilité instaurée par l'ordonnance du 20 décembre 1969 ne protège que les co-contractants de bonne foi. Or, on peut estimer en certains cas, que la qualité de l'emprunteur, par exemple une société-mère, peut sérieusement faire douter de sa bonne foi et ne pas lui épargner les effets d'une nullité de l'opération.

Cela étant, l'objet social constitue-t-il une entrave véritable à l'octroi de prêts à des sociétés appartenant au même groupe ? Nous ne le pensons pas : non seulement les conditions au respect desquelles le prêteur est tenu peuvent être assez facilement satisfaites par les groupes a priori les plus dignes d'intérêt, c'est-à-dire ceux réalisant une concentration économique véritable ; mais, en outre, l'action en nullité, à supposer démontrée la mauvaise foi de l'emprunteur, peut être éteinte par la volonté renforcée des apporteurs de capitaux, réunis en assemblée générale extraordinaire.

SECTION I

Conditions de conformité du prêt à la spécialité statutaire

En principe, les dirigeants n'ont de pouvoirs que pour faire fonctionner la société dans la limite exacte des activités comprises dans l'objet social, définies aux statuts. Dès lors, le prêt ne peut être autorisé que s'il se rattache directement à l'objet social. Un tel rattachement réclame la réunion de certaines conditions qui devront être précisées. On pourra alors examiner leur incidence sur la nécessaire mobilité des capitaux à l'intérieur du groupe, à travers leur mise en œuvre dans les groupes.

§ 1 — Conditions de rattachement du prêt à l'objet social

162. — La cour de cassation se montre peu stricte lorsqu'elle examine les liens rattachant un acte de gestion à l'objet social. Il suffit, selon elle, que l'acte incriminé s'intègre à l'activité sociale ou, pour le moins, ne contredise pas de façon flagrante les dispositions littérales des statuts. En pareil cas, on pourrait à la limite autoriser les organes de gestion à accomplir une opération présentant ces caractères qui ne serait pas formellement prévue au pacte social. Mais, précisément, cette solution ne peut être admise lorsque le prêt est octroyé par une firme industrielle. L'activité de prêt devra alors, on le vérifiera, être expressément envisagée par les statuts.

En outre, un contrôle purement formel paraît insuffisant : peut-on tolérer que les organes de gestion déjouent complètement les prévisions des apporteurs de capitaux, en prenant appui sur l'autorisation contenue aux

statuts d'effectuer des prêts au nom de la société, pour accomplir une activité bancaire ou financière parfaitement indépendante, voire exclusive ?

Un contrôle plus poussé du rattachement du prêt à l'activité d'ensemble de la société n'est cependant admissible que s'il n'aboutit pas à un contrôle de l'opportunité de l'opération et maintient dans l'intérêt des tiers, la nécessaire sécurité des transactions. La jurisprudence, aidée par le législateur, a su éviter ce double écueil en instaurant, dans l'intérêt des actionnaires eux-mêmes, un contrôle supplémentaire pour celles des opérations accomplies par la société qui présentent un caractère manifestement accessoire par rapport à la vocation sociale essentielle : de telles opérations ne sont conformes à l'objet social que si, prévues au pacte social, elles dépendent de l'activité principale de la société.

A - L'ACTIVITÉ DE PRÊT DOIT ÊTRE FORMELLEMENT PRÉVUE PAR LES STATUTS

163. — De prime abord, l'existence d'une telle condition paraît douteuse. En effet, la jurisprudence, en l'absence d'une prévision expresse de l'acte attaqué dans les statuts, n'a jamais hésité à interpréter par analogie leurs dispositions littérales. Elle confronte alors l'objet statutaire et l'acte litigieux, extrait de son contexte économique et examine « si l'acte passé au nom de la société est au nombre de ceux que peut nécessiter la gestion d'une entreprise de la même nature que celle décrite aux statuts » (96). Les Cours et Tribunaux vérifient la compatibilité de l'activité sociale statutaire et de l'activité contestée sur la seule base de la nature des actes permis par le pacte social et de ceux accomplis par la société dans la réalité (97).

Le domaine des actes permis à la société, en vertu d'une extension par analogie des dispositions littérales de ses statuts, est d'autant plus vaste que la conception jurisprudentielle de l'acte modifiant les statuts est extrêmement restrictive : pratiquement, l'acte n'est sanctionné que s'il est en contradiction flagrante avec le libellé des statuts (98) ou encore s'il porte

(96) HOVASSE, *op. cit.*, p. 114, n° 117.

(97) Poitiers, 23 juin 1931, S. 1931, 2, 152 ; T. com. Montargis, 23 juin 1933, j. soc. 1934, 698. Mais certaines juridictions du fond sont réticentes et opèrent une analogie, non plus de la nature des actes, mais de leurs incidences économiques. Dans cette conception, l'acte ne se rattache à l'objet que s'il produit des conséquences économiques similaires à celles des actes expressément prévues par les statuts pour faire fonctionner la société. Inversement, tous les actes entraînant des effets différents seront réputés dépasser l'objet statutaire. Pour une illustration, v. T. com., Versailles, référés, 25 mai 1977, G.P. 8-10 janvier 1978, p. 15.

(98) V. HOVASSE, *op. et loc. cit.* ; com. 13 novembre 1957, Bull. civ. III, p. 266, n° 309, qui décide que la résiliation et la cession d'un bail, décidées par un gérant, ne portaient pas atteinte à l'objet social, alors pourtant que celui-ci ne pouvait être pratiquement réalisé que dans les locaux litigieux, aux motifs que la société d'après ses statuts « pouvait exercer son exploitation commerciale dans toutes les villes de France, et même à l'étranger ».

atteinte à « l'objet essentiel » de la société tel qu'il y est désigné (99), c'est-à-dire, s'il aboutit à supprimer l'usage de l'outil de travail que ses statuts enjoignent à la société d'exploiter pour réaliser son objet.

164. — Or, d'une part, l'octroi d'un prêt, s'il peut paraître insolite pour une société non spécialisée dans la distribution du crédit, ne semble nullement contredire l'activité sociale statutaire qui est commerciale ou industrielle, aussi restrictive qu'en soit sa description dans le pacte social ; n'est-ce pas simplement là, une façon de gérer et d'exploiter des actifs inemployés qui, par conséquent, peut s'intégrer assez facilement dans l'activité d'ensemble de la société ? Dans cette conception, la société, lorsqu'elle prête ses capitaux, ne nie nullement sa vocation première, d'ordre commercial ou industriel.

D'autre part, l'argent liquide ne peut être regardé comme un outil de travail, comme un bien relevant de « l'objet essentiel » de la société, au sens attaché par la jurisprudence à cette expression, surtout s'il s'agit comme dans notre hypothèse d'une société non spécialisée dans la distribution du crédit.

On aboutit ainsi à cette conclusion que la prévision formelle de l'activité de prêt dans les statuts serait totalement inutile.

165. — Cette thèse doit être résolument écartée car elle aboutit à déjouer complètement les prévisions des associés. Les articles 1835 c. civ. et 2 de la loi du 24 juillet 1966 obligent les sociétés à préciser dans leurs statuts la direction dans laquelle elles entendent obtenir le bénéfice ou l'économie recherché. Les associés sont en droit d'attendre d'elle qu'elle respecte, au moins approximativement, le genre d'entreprise pour l'exploitation de laquelle elle a reçu et mis en œuvre leurs apports. En outre, la formule statutaire décrivant l'objet social est déjà, dans la pratique, si large qu'il paraît exclu que les activités non mentionnées puissent être exercées par la société, sauf bien entendu si elles apparaissent comme le prolongement naturel de son activité statutaire, celle-ci devant s'entendre de l'activité principale de la société qui correspond à sa vocation première (100).

(99) Com. 23 avril 1958, Bull. civ. III, p. 136, n° 165 (annulation d'une décision du Conseil d'Administration aboutissant en fait à la suppression d'une publication qui constituait l'objet essentiel de la société, décrit dans ses statuts) ; Lyon, 28 janvier 1952, j. soc. 1952, 348 (vente par le gérant du seul fonds de commerce exploité par la SARL).

(100) La jurisprudence paraît réticente, à juste titre, à étendre le domaine des activités prévues par les statuts qui présentent un caractère manifestement accessoire. Ainsi, la Cour de Paris, par un arrêt du 29 avril 1964 (aff., société STOKVIS c/PINTA ès qualité), D. 1965, somm. 10 ; j. soc. 1964, p. 2, n° 108, a-t-elle jugé que le pouvoir d'acquérir ou aliéner tous biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels et contracter tous emprunts, conféré au conseil d'administration par une disposition des statuts, « ne saurait être étendu » à une constitution de nantissement. V. égal. com. 10 mars 1976, J.C.P. 1977, 18566, obs. Chartier : l'extension de l'objet social à « la participation de la société dans toutes opérations financières pouvant se rattacher directement ou indirectement à la fabrication, à la transformation ou à la distribution de tous papiers, cartons et matières premières s'y rattachant (sic) » ne donne pas au gérant d'une SARL le pouvoir de consentir sur les fonds sociaux des prêts à un particulier.

Mais, précisément, l'octroi de prêts ne représente certainement pas le prolongement naturel, le complément indispensable, ou simplement logique, d'une activité industrielle ou de négoce. En outre, une activité de prêt n'est pas un simple changement du mode d'exploitation des actifs sociaux ou de réalisation d'un objet qui resterait inchangé (101). C'est un changement radical d'exploitation, une exploitation nouvelle et différente de l'exploitation industrielle qui réclame une prévision statuaire expresse (101 bis).

Ainsi, par exemple, ne peut-on pas admettre que les associés aient consenti, lorsqu'ils créèrent une société spécialisée dans le textile, à ce que celle-ci se transforme ensuite, sans autre forme de procès, en une affaire de banque (101 ter).

On objectera que la démonstration est faussée parce que le phénomène est exagéré et que nul ne conteste, en pareille hypothèse, l'existence d'une modification irrégulière de l'objet social. On ajoutera que le problème d'une prévision en termes exprès dans les statuts ne doit se poser que dans les cas où l'activité non expressément prévue au pacte social est ponctuelle et peu importante. La réplique est facile : d'une part, ce serait obliger le juge à une appréciation de l'importance de l'activité financière exercée par la société qui peut être fort délicate ; d'autre part, et surtout, la mesure de l'activité financière déployée n'emporte aucune incidence sur sa validité : le prêt n'est régulier que s'il s'intègre et s'harmonise avec l'entreprise industrielle ; or, très précisément, il s'en détache à l'évidence.

Certes, un prêt peut s'avérer parfois utile au soutien ou au développement d'une activité industrielle, mais la possibilité pour la société de consentir une telle opération doit alors être expressément mentionnée aux statuts.

166. — Cette exigence très formelle oppose un obstacle limité aux prêts inter-groupe. Les statuts prévoient, en effet, souvent, à côté de « l'objet fondamental » (102) de la société, la possibilité pour elle d'accomplir toutes

(101) Ainsi ne saurait-on, sans artifice, prétendre que la société, en prêtant ses fonds, substitue seulement une exploitation indirecte à l'exploitation directe des biens pour la mise en valeur desquels elle s'est constituée, ne serait-ce que pour cette raison que les risques qu'elle court alors ne sont plus du tout de la même nature que ceux inhérents au type d'exploitation que prévoient ses statuts.

(101 bis) Cf. 13^e Rapport de la C.O.B. pour l'année 1980, p. 36.

(101 ter) V. égal. l'exemple cité dans le rapport précité de la C.O.B. d'une société dont l'activité essentielle était jusqu'en 1970 la fabrication et la commercialisation de ciment et qui, filialisant ses activités, est devenue une holding détenant des participations dans des sociétés cimentières. Elle a ensuite progressivement diversifié son portefeuille, au point qu'après avoir cédé la totalité de ses actifs dans les sociétés cimentières, elle ne possède pratiquement plus d'intérêts dans ce secteur d'activité. La C.O.B. a estimé qu'une modification des statuts s'imposait, qui est d'ailleurs intervenue.

(102) CORDONNIER, art. précit.

opérations commerciales, industrielles, immobilières et financières, notamment par la constitution d'hypothèques, de nantissement et l'octroi de prêts, avances et découverts, en rapport direct ou indirect, avec cet objet. Du même coup, ils expriment alors une exigence supplémentaire : l'activité de prêt, statutairement envisagée, doit être en rapport avec l'activité principale. Cette condition, également posée de façon générale par la jurisprudence, suppose qu'entre le prêt et l'activité commerciale ou industrielle principale, existe un rapport de dépendance.

B - L'ACTIVITÉ DE PRÊT DOIT DÉPENDRE DE L'ACTIVITÉ PRINCIPALE

167. — En supposant même que l'octroi de prêts ait été formellement prévu aux statuts, la validité de telles opérations n'est pas acquise pour autant. Le prêteur est un industriel, un négociant, pas une banque. Dès lors, il est logique qu'il ne prête ses fonds que si l'aide qu'il fournit peut lui être utile pour la réalisation de son objet.

Le prêt devra donc dépendre de l'activité principale, c'est-à-dire être conclu en vue de la soutenir et n'exister qu'à travers elle. La jurisprudence exprime cette condition en exigeant que l'opération accomplie par la société soit « en rapport direct avec son activité ». Elle précise en outre qu'un tel rapport, condition de la régularité du prêt, pourra être induit des relations d'affaires qu'entretiennent le prêteur et l'emprunteur.

1 - L'exigence d'un rapport de dépendance entre le prêt et l'activité principale

168. — Le prêt, quelle que soit l'importance du profit qu'il procure le cas échéant, est évidemment une opération accessoire à l'égard d'une firme industrielle. Or, une opération accessoire ne peut être effectuée indépendamment de l'exploitation principale (103). Cette condition, parfois imposée par les statuts eux-mêmes, a été rappelée par la chambre commerciale de la cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 1966 (104).

En l'espèce, le P.D.G. d'une société G. avait cédé la majorité des actions de cette société à une autre, la société C. qui détenait la majorité du capital d'une société D. avec laquelle la société G. devait fusionner. La dette de la

(103) On pourra utilement s'inspirer de la notion de dépendance d'une activité financière, susceptible de justifier l'enregistrement à titre accessoire, comme établissement financier, de l'organisme qui l'effectue ; v. *supra*, p. 68, n° 95.

(104) Com. 7 novembre 1966, Bull. civ. III, n° 420, p. 369; RTDco 1967, p. 520, n° 4, obs. HOUIN.

société C. correspondant au prix de la cession, avait été cautionnée par la société D., sa filiale. La société caution, devenue après fusion la société G. D., argua de la nullité du cautionnement en invoquant notamment le moyen suivant : l'objet social de la société D. étant la fabrication et le négoce d'articles textiles, les juges du fonds « ne pouvaient pas affirmer purement et simplement que des opérations de banque et de bourse pouvaient faire partie normalement de cette activité, sans expliquer comment celles-ci avaient un rapport suffisamment direct avec ladite activité sociale ».

La cour a rejeté le pourvoi mais sans contester la valeur de l'argumentation des demandeurs qui se retrouve dans la motivation de sa décision. Selon la chambre commerciale, des sociétés dont ce n'est pas l'activité principale de contracter des obligations de banque ou de bourse, peuvent néanmoins s'engager ainsi, pourvu que « ces obligations soient en rapport direct avec leur activité ». Or, ce rapport existait en l'espèce à ses yeux (105).

Le principe est ainsi posé de la nécessité d'un contrôle supplémentaire lorsqu'il s'agit d'une activité accessoire : celle-ci doit être en rapport direct avec l'exploitation principale.

169. — Cette solution de la cour de cassation semble susciter certaines difficultés de mise en œuvre. Elle oblige en effet à déterminer le caractère principal ou accessoire de l'activité sociale litigieuse.

A vrai dire, une telle difficulté pourra être assez facilement surmontée. On pourra parfois se contenter d'une analyse de la formule qui définit l'objet social. En effet, les dispositions littérales des statuts peuvent, dans certains cas, permettre d'isoler « l'objet fondamental » de la société, celui-ci étant alors suivi de l'indication des activités, plus ou moins larges et diversifiées, que pourra exercer également la société. Si cet indice paraît insuffisant ou encore si les statuts ne sont pas explicites, on pourra ensuite analyser « l'objet réel » de la société (106) et observer le genre d'activité déployé habituellement et sur une grande échelle par elle. Le caractère accessoire se déduira, en quelque sorte négativement, de ce que l'opération, même formellement envisagée par le pacte social, n'est pas traitée en pratique, ou à tout le moins, l'est de manière beaucoup moins fréquente et avec un nombre de personnes plus restreint.

170. — Mais, la conception du rattachement à l'objet social, prônée par la Chambre commerciale, ne paraît pas à l'abri de deux reproches essentiels : non seulement, elle semble porter atteinte à la nécessaire protection des tiers cocontractants qui, de bonne foi, pouvaient ignorer que le prêt

(105) V. égal. Nancy 6 juillet 1955, G.P. 1955, 2, 310, qui décide que méconnaît l'objet social le nantissement du fonds de commerce d'une société constitué en garantie d'une dette complètement étrangère à l'activité sociale (il s'agissait de garantir les sommes revenant à un associé d'une SARL à raison de la cession de ses parts à ses co-associés).

(106) Cf. CORDONNIER, art. précité.

n'est pas destiné à servir l'exploitation principale de la société prêteuse ; mais elle peut également conduire à un contrôle judiciaire de l'opportunité de l'acte accompli par la société. Le juge ne sera-t-il pas en effet incité à vérifier en quoi l'acte a effectivement favorisé l'accomplissement de l'objet social ?

Ces griefs ne résistent toutefois pas à l'examen. Le premier est caduc depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969 qui répute inopposable aux tiers de bonne foi toute violation des statuts par les organes de gestion. La sécurité des transactions est ainsi maintenue puisque le dépassement des statuts continue à engager la société vis-à-vis des tiers. Le second a pu être évité par la jurisprudence qui, loin de prétendre examiner les incidences économiques de l'acte, et par conséquent son opportunité, se réfugie dans une appréciation formaliste de son rattachement à l'objet social. Le défaut de rattachement procède simplement de ce que le prêt même formellement prévu par les statuts, constitue un acte incompatible avec l'activité principale de la société. Sans aucun rapport avec celle-ci, il atteste ainsi que la société a agi comme un organisme spécialisé dans la distribution du crédit. Le respect de la spécialité statutaire ne réclame aucun autre contrôle.

171. — Cette opinion est celle d'une jurisprudence constante de la cour de cassation qui refuse, malgré les sollicitations de certains auteurs (107), de vérifier si et comment l'acte a favorisé ou compromis l'exploitation principale décrite aux statuts. Une telle démarche qui conduirait à déclarer irréguliers tous les actes ayant des conséquences économiques différentes de celles des actes prévus aux statuts de la société pour la faire fonctionner et, en particulier, toutes opérations qui mettraient en péril l'existence même de l'entreprise sociale, ouvrirait en effet la voie à un contrôle de l'opportunité que la chambre commerciale a toujours fort justement écarté (108). Elle relèverait d'un contrôle, non de l'objet social, mais de l'intérêt social (109).

(107) ESCARRA et RAULT, traité th. et prat. dr. com., «Soc. com.», t. I, 1950, p. 66, n° 47 ; PAILLUSSEAU, th. Rennes, 1970, précit., p. 167 et s. ; CONTIN et HOVASSE, chr. précit., D. 1971, spéc., p. 79, n° 20 ; en ce sens, v. égal. Paris, 4 mai 1960, D. 1960, p. 637, note DALSACE : en l'espèce, une société, dont l'objet était la manufacture de feutres et la fabrique de cuirs artificiels, était titulaire de droits sur des brevets qu'elle avait apportés à une autre société. Quoique expressément prévue par les statuts, cette opération était néanmoins attaquée aux motifs qu'entraînant une modification de l'objet, elle aurait dû être soumise à l'approbation d'une A.G.E. La Cour de Paris négligea cette mention expresse des statuts et vérifia que «l'aliénation (autorisée par le conseil d'administration) ne portait pas sur l'objet principal de la société», donc, les incidences de l'opération sur l'activité principale de la société.

(108) Com. 13 novembre 1957, Bull. civ. n° 309, p. 266 ; 23 avril 1958, Bull. civ. III, n° 166, p. 136 ; 25 mai 1965, Bull. civ. III, n° 333, p. 302 ; 21 janvier 1970, JCP 1970, II, 16541, note B. OPPETIT, RTDco 1970, 738, obs. HOUIN ; dans cette dernière affaire, la Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Rennes du 23 février 1968, (JCP 1969, II, 16122, note PAILLUSSEAU et CONTIN), qui dénia à un conseil d'administration le droit, prévu aux statuts, d'accorder son agrément à une cession d'actions, qui en l'occurrence opérait transfert de contrôle, aux motifs que celle-ci «mettait en cause l'objet social et l'existence même de la société et de l'entreprise». V. égal. sur ce point, B. OPPETIT, «la prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions», JCP 1970, I, 2361 ; SCHMIDT, «Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle», D. 1972, chr., 223.

(109) Com. 10 mars 1976, précit. Dans cette affaire, des prêts consentis à un particulier ont été jugés contraires à l'objet de la société au motif que les statuts de celle-ci ne permettaient la

Le rattachement d'un prêt à l'objet d'une société non spécialisée dans la distribution du crédit exige seulement qu'un rapport direct existe entre cette opération et l'activité principale. A cet égard, le montant du prêt, ses modalités, la situation des affaires du prêteur à la date de l'octroi du crédit litigieux... sont des circonstances parfaitement indifférentes. La qualification d'acte modifiant les statuts est fonction, lorsqu'il s'agit d'un prêt consenti par une firme industrielle, de son caractère d'opération financière indépendante de l'activité normale de la société, non de ses incidences économiques sur l'équilibre de celle-ci.

Le critère a ainsi été posé par lequel la jurisprudence opère, dans l'intérêt des actionnaires, un contrôle dépassant l'analyse stricte de la lettre des statuts sans pour autant verser dans un contrôle de l'opportunité de l'opération qui ne lui appartient pas. Encore faut-il que la preuve d'une éventuelle violation de l'objet social ne fasse pas, par son contenu, ressurgir un tel risque.

2 - La preuve du rapport de dépendance entre le prêt et l'activité principale

172. — Le prêt ne méconnaît l'objet social que s'il possède une existence indépendante de l'activité principale de la société. Pour démontrer que le prêt relève d'une activité purement financière, détachée de tout contexte commercial, deux démarches sont envisageables : ou bien l'on essaiera d'établir concrètement que le prêt n'a pas pu favoriser l'exploitation principale décrite aux statuts, ou bien on se contentera de relever soit l'absence totale de relations entre le prêteur et l'emprunteur, autres que celles issues du prêt, soit la totale indépendance de leurs activités.

Dans le premier cas, des relations d'affaires peuvent exister entre les parties sans justifier nécessairement le prêt au regard de l'objet social : une

réalisation de telles opérations que dans la mesure où elles se rattachaient directement ou indirectement à l'activité principale de la société (la fabrication, la transformation ou la distribution de tous papiers, cartons et matières premières s'y rattachant).

En l'espèce pourtant, non seulement les prêts paraissaient correctement rémunérés et garantis par des actions d'une société concurrente (que la société prêteuse devait d'ailleurs acquérir par la suite) dont l'emprunteur était actionnaire mais encore le gérant poursuivi faisait valoir que le crédit accordé était conforme à l'intérêt de la société prêteuse car il avait pour but d'aider l'actionnaire-emprunteur à garder le contrôle de cette société concurrente et d'éviter qu'il ne soit contraint de le céder à un groupe tiers, ce qui eût porté atteinte aux intérêts de la société prêteuse. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi car celui-ci, en réalité, l'invitait à justifier une violation de l'objet par la recherche de l'intérêt de la société. Or, comme l'a noté le Professeur CHARTIER, dans sa note sous l'arrêt, «l'obligation pour le gérant de se conformer à l'objet social d'une part, celle d'agir dans l'intérêt social d'autre part, sont des obligations cumulatives et non alternatives». Peut-être la solution eût-elle été différente et les prêts auraient-ils pu être regardés comme un prolongement normal de l'activité sociale décrite aux statuts et un moyen d'accomplissement de celle-ci si l'emprunteur, personne physique, avait mis à la disposition de la société qu'il dirigeait leur produit. En effet, la chambre commerciale énonce par un motif, qui autrement paraîtrait inutile, que l'arrêt soumis à sa censure «relève que les fonds provenant de ces prêts ne paraissent pas avoir été mis par N. à la disposition de la société... dont il était Président-Directeur-Général...».

société d'un groupe, fournisseur d'une autre, peut se voir obligée d'avancer des fonds d'un montant disproportionné par rapport à ses ressources et à ses propres besoins à une société et être acculée ainsi à la ruine. Le prêt sera regardé comme contraire à l'objet social en raison de ses effets. Mais cette conception obligera le juge à apprécier l'opportunité de l'opération, ce qui est étranger au contrôle du rattachement de l'acte à l'objet social et interdit au juge.

Dans le deuxième cas, la violation de cet objet sera induite de l'absence de relations d'affaires entre les parties ou du défaut d'interaction possible entre elles. En revanche, si leurs activités sont interdépendantes, le prêt sera présumé se rattacher à l'exploitation principale de la société prêteuse, il sera réputé avoir été conclu pour soutenir le courant d'affaires existant. Cette conception purement objective et abstraite du rattachement de l'acte accessoire à l'objet social permet, seule, d'écarter tout examen de l'utilité économique de l'opération par le juge.

173. — Elle correspond très exactement à la solution donnée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 10 février 1969 (110). En l'espèce, une société « Aube plastique » dont l'objet était la fabrication de matières plastiques se porta caution des engagements souscrits par un constructeur d'appareils ménagers avec lequel elle était en relations d'affaires, vis-à-vis d'un tiers distributeur des produits de la société cautionnée.

La Cour d'Appel de Paris, puis la Chambre Commerciale furent saisies d'une demande en nullité de cet engagement de caution, jugé d'un montant disproportionné et partant estimé incompatible avec l'objet de la société. La Cour de Cassation écarta cette prétention. L'apport de sa décision est double : d'une part, la Cour écarte une demande qui, manifestement, s'analysait en une contestation de l'opportunité d'une opération de gestion, camouflée par le demandeur sous une question de pouvoirs des organes de gestion. D'autre part, et c'est là sans doute l'apport le plus intéressant de l'arrêt, la Cour de Cassation se contente, pour rejeter le pourvoi, de relever que les sociétés en présence possédaient des objets connexes et que les relations d'affaires qu'elles entretenaient justifiaient l'opération au regard de l'objet social.

De fait, les trois sociétés en présence réalisaient, semble-t-il, une intégration verticale avec en amont, la société « Aube plastique », et en aval, la société cautionnée. Dès lors, selon la Cour de Paris d'abord et la Cour de

(110) Com. 10 février 1969, Bull. civ. IV, p. 54, n° 53 ; rev. soc. 1970, p. 102, note M.G. ; v. égal. com. 25 mai 1965, Bull. civ. III, p. 303, n° 333. Le juge de l'impôt a également statué dans le même sens. Selon le Conseil d'État (C.E. 11 avril 1962, req. 50108), un fabricant d'appareils de chauffage qui finançait les études poursuivies par un constructeur d'avions ne saurait déduire ces charges de son bénéfice imposable car elles ne sont pas justifiées par l'objet habituel de l'entreprise. La solution est logique puisque les activités économiques des parties ne présentent aucune interrelation.

Cassation ensuite, « il n'était pas anormal que le fournisseur de matières plastiques se portât caution des engagements souscrits » par le constructeur d'appareils ménagers envers le distributeur de celui-ci. Cette décision mérite une entière approbation.

Il est abusif, pour établir le rattachement d'une opération de gestion à l'objet social ou son autonomie, d'examiner ses incidences économiques sur l'équilibre de l'entreprise sociale (111), de même que la valeur de la contrepartie que peut espérer le prêteur en échange du sacrifice qu'il a consenti. La qualification d'acte dépassant les statuts dépend uniquement de son incompatibilité avec l'activité essentielle de la société et, au cas particulier d'un prêt consenti par une firme industrielle, de sa **totale indépendance** par rapport à elle. Or, la conviction d'une totale indépendance de l'opération de financement s'acquiert non d'après les résultats, bénéfiques ou nocifs, de l'opération mais par l'absence de relations d'affaires entre les entreprises du prêteur et de l'emprunteur, et d'une interdépendance économique de leurs activités (112). A l'inverse, si de telles relations existent, ce qui peut être facilement constaté puisqu'il s'agit de circonstances purement objectives, l'opération est présumée se rattacher à l'exploitation principale.

174. — Bien entendu, l'existence à elle seule d'un courant d'affaires entre des entreprises économiquement interdépendantes ne permet pas d'affirmer de façon certaine que le prêt a été consenti pour appuyer ou redresser ces affaires. Il peut avoir été octroyé à d'autres fins, par exemple avantager une société dans laquelle les organes de gestion de la société prêteuse sont intéressés.

(111) Ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel et pour suppléer à la volonté inexprimée des associés que le législateur définit les pouvoirs de l'organe de gestion par référence à l'intérêt à satisfaire : cf. art. 13, loi du 24 juillet 1966, « dans les rapports entre associés (d'une société en nom collectif), et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société ».

(112) Civ. I, 6 mars 1979, Bull. I, n° 81 ; JCP 1979, éd. N. Prat, p. 6. En l'espèce, le gérant d'une S.C.I., qui était en même temps le P.D.G. d'une autre société ayant pour objet la fabrication et le commerce d'articles textiles et dont la S.C.I. était propriétaire des ateliers de fabrication qu'elle lui louait, avait sollicité auprès d'une banque l'octroi d'un prêt en faveur de la société commerciale en se portant caution en qualité de gérant de la société civile. Celle-ci fut assignée en remboursement du prêt par la banque après le dépôt de bilan de la société emprunteuse. Mais la banque fut déboutée au motif que le gérant de la S.C.I. qui ne pouvait, aux termes des statuts, effectuer que les opérations se rattachant à l'objet social, avait outrepassé ses pouvoirs en acceptant de se porter caution au nom de la Société Civile Immobilière alors que les deux sociétés n'avaient d'autres liens de droit que ceux découlant de leurs rapports de locataire à propriétaire, le prêt, au surplus, n'ayant profité qu'à la seule société emprunteuse pour les besoins de son commerce d'articles textiles et passé dans son seul intérêt.

L'opération est alors sans doute contestable mais **elle ne pourra pas être attaquée sur le terrain de la violation de l'objet social**. Elle le sera éventuellement au titre de la méconnaissance de l'intérêt de la société, ce qui est tout autre chose (113).

175. — L'intégration économique réalisée par les parties suffit à caractériser la dépendance, au moins formelle, de l'opération de prêt par rapport à l'exploitation principale du prêteur. La firme industrielle qui prête des capitaux à un client ou à un fournisseur, lorsque l'opération est prévue par les statuts, ne dépasse pas son objet social. Cette conception très formelle apparaîtra peut-être comme trop prudente, voire timorée. Elle est pourtant la seule qui permette à la fois de veiller au respect des intérêts des associés minoritaires en ne se contentant pas de la seule mention de l'acte dans les statuts et d'éviter que, sous couvert d'une vérification des pouvoirs des organes sociaux, il ne soit entrepris un contrôle de l'opportunité de la gestion.

Elle rejoint également les préoccupations et les besoins des véritables groupes de sociétés qui, à l'inverse des conglomérats ou des groupes purement personnels, articulent, en vue d'une organisation rationnelle du travail, des unités dont les activités économiques sont assez proches et complémentaires pour constituer une structure économique cohérente. A l'intérieur de tels groupes, s'éprouve naturellement un besoin très grand de mobilité des capitaux. Il faut faire bénéficier de sa trésorerie excédentaire toutes les sociétés du groupe, y compris éventuellement la société-mère et satisfaire rapidement leurs besoins de financement. L'accomplissement de l'objet propre du prêteur commande de soutenir ses clients ou ses fournisseurs lorsqu'il le peut. D'ailleurs, dans un groupe fortement concentré, le refus de soutenir un client ou un fournisseur en difficulté peut entraîner, par une réaction en chaîne, la ruine d'autres sociétés qui sont aussi en relation avec la filiale abandonnée, et ainsi, de proche en proche, la paralysie du groupe tout entier.

Or, les règles de rattachement du prêt à l'objet social, telles qu'elles viennent d'être exposées, permettent dans la plus large mesure les prêts entre sociétés groupées. On le vérifiera en examinant leur mise en œuvre dans les groupes.

(113) Sur ces points, v. *infra*, p. 199, n^{os} 291 et s. Comp. les dispositions de l'article 117 de la loi brésilienne n^o 6404 du 15 décembre 1976 portant discipline des sociétés par actions : «l'actionnaire titulaire du pouvoir de contrôle est responsable des dommages causés commis en abus de pouvoir. Paragraphe 1^o) doivent être considérés comme des modalités d'exercice abusif du pouvoir... a) orienter la compagnie vers des buts étrangers à l'objet social...» (cf. F.K. COMPARATO, «des groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions», R.I.D.C., 1978, 791).

§ 2 — Mise en œuvre des conditions de rattachement dans les groupes

176. — Par principe général, les conditions de validité de la gestion, relatives à l'objet statutaire, doivent s'apprécier dans le cadre de la société isolée puisqu'il s'agit d'examiner son genre propre d'activité et de scruter ses statuts. Au regard de la règle de spécialité statutaire, la circonstance de groupe semble totalement indifférente. Les sociétés de groupe sont tenues de respecter le principe de spécialité, tout comme le seraient des sociétés indépendantes : ainsi l'octroi de prêts devra-t-il être formellement prévu par les statuts et le prêt consenti sera-t-il nécessairement en rapport direct avec leur activité principale. Mais, c'est sur cette deuxième condition que la circonstance de groupe exerce une influence déterminante : les groupes s'organisent souvent de telle façon que l'objet de leurs différents membres peut être regardé comme satisfait. Ainsi, lorsqu'ils forment une unité économique véritable, tous les participants possèdent un intérêt commun qui peut s'avérer tel qu'en s'avançant réciproquement des fonds, ils poursuivent en réalité l'accomplissement de leur propre objet. Cet intérêt commun résulte d'une interdépendance des activités des sociétés groupées qui peut être plus ou moins profonde et généralisée. C'est d'elle que dépendra en premier lieu la validité des prêts et avances inter-groupe. De plus, et indépendamment de l'intégration économique réalisée dans les faits, la licéité de certains flux financiers sera généralement admise dans les groupes de subordination. Il s'agit des prêts et avances consentis par la société dominante aux membres du groupe. Cette affirmation ne doit pas surprendre car il existe une véritable connexion des fonctions de contrôle et de financement dans le groupe, ce qu'il nous appartiendra de préciser.

A - L'OCTROI DE PRÊTS ET AVANCES ENTRE UNITÉS ÉCONOMIQUEMENT INTERDÉPENDANTES

177. — L'interdépendance des activités peut être structurellement ordonnée et durablement organisée grâce à une complémentarité des objets statutaires. Cette situation caractérise les groupes ou sous-groupes réalisant une intégration économique de type vertical (114) dont le particularisme est

(114) En pratique, les groupes verticaux, à l'état pur, tendent à disparaître en raison du phénomène de diversification croissante des activités des entreprises (v. en dernier lieu, sur les incidences de ce phénomène sur la stratégie des firmes : H. de BODINAT et V. MERCIER «l'analyse stratégique moderne», rev. HARVARD-L'EXPANSION, n° 11, hiver 1978-1979, p. 102 s.). De même, il est devenu rare de trouver des groupes n'exerçant plus qu'un «métier», sauf peut-être dans certains secteurs traditionnels, comme le textile, à moins de retenir ce terme pour son aspect familial et rassurant, en lui conférant une portée extrêmement extensive (v. par ex. la publicité du «groupe VALLOUREC» parue dans «la vie française», 15 janvier 1979 : le «métier»

très marqué. Cela n'implique pas cependant que cette interdépendance ne puisse être relevée, au moins partiellement, dans le cadre d'autres groupes, notamment horizontaux.

1 - La situation singulière des groupes verticaux

178. — Ces groupes se composent de sociétés dont les branches d'activités professionnelles sont étroitement complémentaires et dépendent l'une de l'autre pour la fabrication de certains produits. Sans doute, cette complémentarité peut également exister entre sociétés indépendantes. Celles-ci pourront, le cas échéant, justifier que l'accomplissement de leur propre entreprise, passe par l'octroi de l'une à l'autre de prêts et avances. Mais, d'une part le rapprochement des entreprises imposé par des considérations d'opportunité peut être fragile puisque chacune d'elles conserve, au moins en théorie, la possibilité de rompre les courants d'affaires existant si sa politique propre le commande. D'autre part, les relations de prêts et avances ont une ampleur nécessairement limitée aux sociétés directement en rapport d'affaires.

179. — La situation des groupes tendant à une concentration verticale est, en revanche, très différente. Ceux-ci, pour substituer durablement aux aléas du marché, des procédés internes d'approvisionnement et de distribution moins onéreux et risqués, ordonnent — dans les deux sens du mot — cette interdépendance. A travers la technique de l'objet statutaire, ils mettent en place cette complémentarité d'activités qui est leur raison d'être et le procédé stable d'une promotion des intérêts communs. Ces groupes tendent à intégrer les divers objets de leurs unités dans une grille d'ensemble correspondant, en quelque sorte, à leur « objet économique » propre. L'objet de chaque participant apparaît comme le prolongement de celui des autres et l'instrument de l'accomplissement de leur entreprise propre. Les courants d'affaires observés entre les membres du groupe constituent déjà par eux-mêmes un indice suffisant du rattachement des prêts (115) à l'objet social.

de VALLOUREC est «d'améliorer les procédés et les produits de base, développer des fabrications spéciales complémentaires, construire des outils de production plus performants, diffuser son savoir-faire et faciliter la mise en œuvre de ses produits par une étroite collaboration avec des partenaires opérant dans des secteurs de pointe»). La plupart du temps, les groupes exercent une pluralité de «métiers» souvent fort différenciés et leur stratégie globale coexiste souvent avec des stratégies particulières correspondant à la segmentation de leurs domaines d'activité. Dès lors, il apparaît que la division idéale en groupes verticaux, horizontaux, conglomérats ne correspond pas à la réalité de groupes désireux à la fois de répartir leurs activités et de supprimer la concurrence dans certaines branches d'activités en s'assurant un monopole. A la vérité, tous les grands groupes comprennent plusieurs sous-groupes dont le nombre et l'importance varient selon les finalités recherchées. Mais, par commodité, nous utiliserons uniformément le terme «groupe» pour tous les ensembles étudiés y compris les sous-groupes.

(115) V. supra, p. 118, n° 172 et s.

Cet indice sera encore renforcé lorsque, grâce à eux, les rapports commerciaux ont pu être améliorés ou maintenus à un bon niveau ou encore que sans l'aide litigieuse, la chute de l'une était de nature à entraîner la déconfiture de l'autre.

En réalité, dans les groupes verticaux, la dépendance des activités principales existe naturellement et pourra être établie sans difficulté. Ainsi l'abandon d'une fabrication aura nécessairement des conséquences sur celle des autres sociétés.

Le seul problème sera peut-être de déceler, dans certains cas — par exemple, celui de sociétés qui ne sont pas l'une vis-à-vis de l'autre, des partenaires directs — s'il existe une dépendance suffisante de ces activités principales. Il s'agit certes d'une question d'appréciation, mais on peut penser, au moins dans le cadre de groupes vivant en circuit fermé, que l'interdépendance des besoins est générale et existe même pour des unités se situant à des stades différents du processus de production ou de distribution.

A contrario, on peut estimer que la régularité des prêts consentis par une société non financière sera sujette à caution si leur bénéficiaire est une autre société dont l'objet est entièrement différent (116) ou, à l'inverse, totalement identique (117).

Mais une appréciation nuancée s'impose. En effet, bien que n'étant pas créées et organisées pour être interdépendantes, des sociétés membres d'un groupe de type horizontal, ou même congloméral, peuvent se trouver dans un état de dépendance réciproque en vue de la satisfaction de certains intérêts communs.

2 - Les avances au service de l'intérêt commun des sociétés du groupe

180. — Même s'il n'existe nulle complémentarité entre les activités principales des membres du groupe, mais au contraire concurrence ou diversité, certains intérêts communs peuvent les réunir.

Certes, conformément au principe général, l'avantage résultant de l'opération ne peut être quelconque mais il devra se rattacher au genre d'activité principale prévu par les statuts. Ainsi, il ne suffira pas d'invoquer que la concentration des moyens de trésorerie et la rationalisation de la gestion des fonds communautaires qu'elle permet, notamment par l'économie faite de crédits bancaires, procure un avantage appréciable à toutes les sociétés du groupe. Cela n'établira aucunement la conformité des opérations à l'objet statutaire de celles-ci. Détachée de tout contexte

(116) Il s'agit ici des groupes à formule conglomérale dont les membres produisent des biens ou services ni concurrents ni même complémentaires.

(117) Ces groupes réalisent une concentration de type horizontal en intégrant toute une branche d'activité : les produits fabriqués seront donc concurrents et les activités des sociétés groupées identiques.

commercial, l'activité financière exercée apparaîtra, au contraire, comme anti-statutaire, puisqu'en définitive son caractère ne sera plus accessoire mais principal.

L'avantage résultant de l'avance pour la société prêteuse peut cependant s'harmoniser avec la description statutaire de son type d'activité ; on peut le vérifier entre entreprises concurrentes (118) ou non (119).

L'exigence d'un rapport direct entre l'octroi d'avances et l'exploitation principale semble faire obstacle à certains financements émanant d'une société dominante : une société-mère se verrait ainsi interdire de consentir des prêts à des filiales ou sous-filiales avec lesquelles elle n'entretient aucun rapport d'affaires ; une holding qui n'exerce pas, par définition, d'activité commerciale ou industrielle, au profit de toutes les sociétés du groupe qu'elle domine. C'est cependant à une conclusion radicalement opposée que conduit l'analyse, la vocation de contrôle qu'on reconnaît à une société dominante autorisant tout naturellement à attribuer à cette dernière un rôle essentiel dans le financement du groupe.

B - LA CONNEXION DES FONCTIONS DE CONTROLE ET DE FINANCEMENT DU GROUPE

181. — Dans la pratique, les rédacteurs des statuts laissent une place, à côté de l'activité principale à laquelle se destine la société, à certaines activités accessoires à la première, telles que la prise de participation dans des affaires existantes et la création de toutes filiales, concurrentes ou non. La possibilité pour une société d'en contrôler une autre est donc souvent virtuellement permise par le pacte social. Cette clause présente tout son intérêt pour une société-mère qui, parallèlement à son activité principale (120) de production, assure une fonction de contrôle de ses filiales.

(118) Pour promouvoir une technique nouvelle et l'imposer sur le marché, des entreprises aux activités identiques, et donc par définition, concurrentes, peuvent mutuellement s'épauler. Ainsi, un fabricant de fours à micro-onde pourra-t-il, en respectant son objet propre, prêter son concours financier à un autre lorsque cette aide contribue, au moins indirectement à une substitution sur le marché du produit nouveau aux fours traditionnels. L'avance n'est faite qu'apparemment au profit du concurrent. En fait, elle sert l'intérêt commun des parties et s'avère donc de nature à permettre à la société prêteuse de réaliser indirectement son objet.

(119) Ainsi, l'assistance financière d'une société de parfums à une maison de couture en difficulté, appartenant au même groupe que la première, peut être justifiée par la volonté de sauvegarder le prestige de la marque commune ; une atteinte au renom de celle-ci entraînée par la ruine de la maison de couture aurait menacé par voie de conséquence l'essor de l'exploitation de parfums menée par la société prêteuse. (C.E. 6 février 1970, req. 71851, «Droit fiscal» 1970, com. 536).

-(120) Qui, à elle seule, peut justifier une activité financière avec les filiales qui sont en relation d'affaires avec elle (v. supra, p. 151, n° 172 et s.).

D'accessoire, cette dernière peut devenir principale dans les groupes où les fonctions de production et de contrôle sont nettement différenciées, cette dernière étant alors confiée à une société holding.

Il n'est nulle difficulté à reconnaître à une société dont l'activité, principale ou accessoire, est le contrôle d'autres sociétés, la mission de financer celles-ci. Son ampleur peut être mesurée en précisant les manifestations les plus importantes de cette vocation financière.

1 - Le principe d'une vocation financière des sociétés dominantes

182. — Lorsque la gestion du groupe est fortement centralisée, la fonction financière s'inscrit tout naturellement dans le prolongement de l'objet statutaire d'une société dominante. Celle-ci constitue le cadre juridique dans lequel s'élaborent les décisions les plus importantes qui conditionnent l'avenir du groupe tout entier. Or, si l'on admet que la mise en place d'une politique d'ensemble du groupe et la détermination des objectifs impartis aux unités dépendantes relèvent de la société dominante, on doit également admettre que cet instrument d'élaboration et d'expression d'une volonté commune doit assurer aux filiales les moyens financiers nécessaires (120 bis). La solution contraire serait illogique. Comment imaginer que l'organisme, chargé de diriger les opérations du groupe, ne puisse consentir à celui-ci les soutiens financiers qu'exigeraient celles-là ?

183. — De fait, certains auteurs reconnaissent le principe d'une vocation financière des sociétés dominantes. Selon M. HOVASSE, les opérations financières traitées avec les filiales ne sont qu'un moyen au service de la réalisation de l'objet statutaire d'une société dominante (121).

La mission de financer le groupe apparaît comme le prolongement nécessaire de l'objet d'une société dominante, et notamment d'une société holding (122). Les statuts de cette dernière prévoient, parfois expressément

(120 bis) Par la filialisation de certaines de ses activités, une société dominante diminue aussi les risques d'ordre commercial, qu'elle a à supporter. A ce sujet, v. l'intéressante motivation de T. Com. Nanterre, 11.08.1981, inédit. : « attendu qu'en apportant à CMP-EI, lors de sa création, la plus grande partie de son fonds de commerce et d'industrie, CMP qui se dégageait ainsi de risques importants, **prenait parallèlement la responsabilité d'assurer l'existence de sa filiale et par conséquent de lui fournir les moyens financiers nécessaires** : qu'ayant failli à cette **obligation essentielle**, CMP doit être considérée comme portant une part de responsabilité dans la déconfiture de CMP-EI et doit en conséquence être condamnée à prendre en charge une partie des dettes sociales de cette dernière ».

(121) HOVASSE, op. cit., p. 127, n° 132 ; v. aussi C. PENNERA « les sociétés-relais et l'évasion fiscale internationale », JCP 1974, éd. C.I., 11315, spéc. n° 10.

(122) V. MERTENS, « Droit des affaires-Marché commun », dict. perm. Jupiter., Allemagne, V^{is} « Coopération entre sociétés (société holding) ». Selon cet auteur, on doit « admettre que la coordination des entreprises liées dans le domaine financier est une condition toujours nécessaire, mais suffisante pour que l'on admette qu'il y ait unicité de direction. L'unité

que la société, à côté de la prise et de la gestion de participations dans d'autres sociétés en vue d'en diriger les activités, a pour objet « l'octroi aux entreprises auxquelles elle s'intéresse, de tous concours, prêts, avances ou garanties... » (123).

Il peut s'agir aussi bien de holdings « horizontales » dont l'objet est le contrôle d'une branche économique déterminée dont elles assurent le financement que de holdings « verticales » qui contrôlent toute une filière de production de certains biens ou services, de la holding centrale qui contrôle, directement ou indirectement, tout le groupe que de holdings spécialisées par secteurs d'activité.

184. — La holding a « une fonction supérieure de coordination et de financement » (124). Il n'est d'ailleurs pas rare que les seules fonctions de décision assumées par la holding se cantonnent au plan financier, les décisions techniques et de stratégie commerciale étant prises au niveau des filiales concernées.

Sa position précellente permet à la holding d'être exactement informée de l'existence de trésoreries, excédentaires ou déficitaires, de toutes les sociétés du groupe, donc des possibilités financières respectives de chacune des sociétés dominées. Exerçant, en outre, une autorité plus ou moins forte selon les groupes sur les filiales, mais qu'il est toujours difficile à celles-ci de contester, elle est également en mesure de prélever par voie autoritaire les sommes nécessaires à la satisfaction de la politique du groupe dans la caisse des sociétés les plus riches.

financière de plusieurs entreprises juridiquement dépendantes constitue donc toujours un *konzern*, sans que l'on ait à se demander si d'autres fonctions des entreprises sont soumises à la direction centrale».

(123) Exemple d'objet d'une holding luxembourgeoise cité par DELVAUX et REIFFERS in « Les sociétés « holding » au Grand-Duché du Luxembourg », Sirey, 1969, p. 56.

(124) C.E. 11 octobre 1961, req. 49416, « Droit fiscal », 1961, n° 47, com. 1049 ; contra : J.L. RIVES LANGE (encycl. DALLOZ, Dr. Commercial, « Banques et Établissements financiers », spéc. n° 59) qui écrit que « l'octroi de crédits permet de distinguer les banques d'affaires des holdings ». Nous ne pouvons partager l'opinion de cet auteur. Si banques d'affaires et holdings ont toutes deux pour activité la prise et la gestion de participation dans des affaires industrielles, elles ont également en commun la mission de financer les entreprises dans lesquelles elles sont intéressées. Tout au plus, peut-on admettre que le rapport contrôle-crédit est différent dans l'un et l'autre cas : si la holding a pour fonction première la prise et l'exercice du contrôle sur d'autres sociétés, et seulement accessoirement la vocation d'assurer leur financement, la pondération des activités est renversée dans le cas d'une banque d'affaires qui a naturellement pour fonction première de distribuer le crédit même si cette activité l'a conduite à s'intéresser au capital de sociétés industrielles et commerciales. En réalité, il semble que la véritable différence entre banques d'affaires et holdings est, non purement et simplement le fait de consentir des crédits à des tiers, mais la double interdiction pour la seule holding d'utiliser à cette fin des dépôts reçus du public et de débiter, en ce qui concerne les bénéficiaires des prêts, les limites de son groupe. Ces conditions, en revanche, ne restreignent nullement l'activité des banques d'affaires qui restent fondamentalement des banques, c'est-à-dire des organismes qui, à l'aide de l'épargne publique, ont vocation à financer le plus grand nombre d'entreprises.

Son objet statutaire de contrôle donne à la société dominante la mission de tracer les grandes lignes d'une politique commune. Elle dispose de la maîtrise des patrimoines gérés : tout concourt par conséquent à reconnaître à un tel organisme une vocation financière, au moins accessoire. De fait, en l'absence d'un organe spécialisé dans le financement des filiales, c'est la société-mère ou la holding qui se chargera de la fonction financière au sein du groupe (126). Cette proposition se vérifie aisément par l'étude pratique de son activité financière au service du groupe.

2 - Les manifestations de la vocation financière des sociétés dominantes

185. — Les sociétés, têtes de file du groupe, et particulièrement les holdings, ont d'abord une activité de recherche des capitaux. Ne tenant aucun établissement ni guichet ouvert au public et dans l'impossibilité d'utiliser des fonds publics sous peine de perdre leur qualification, elles drainent, par priorité, les capitaux disponibles dans le groupe et exigent parfois de leurs filiales « un rapatriement quasi intégral des profits, ne leur permettant de conserver que les montants nécessaires à leur gestion courante » (127).

Certains groupes de sociétés s'étant avisés de la coexistence en leur sein, de sociétés à liquidités abondantes et d'unités enregistrant des déficits importants, ont entendu ajuster dans les meilleures conditions ceux-ci à celles-là. L'absence d'une compensation globale des ressources et des besoins amenait en effet certaines sociétés du groupe à effectuer des placements peu intéressants alors que d'autres se voyaient obligées d'emprunter aux taux élevés du marché bancaire. Pour amoindrir les coûts financiers et tenter de s'affranchir de la tutelle des banques, il convenait donc de centraliser les trésoreries excédentaires de toutes les sociétés du groupe en vue d'opérer la redistribution des liquidités ainsi rassemblées, selon les besoins. De fait, dans les groupes importants, il est considéré comme une tâche essentielle de la holding que cette société organise un véritable pool de trésorerie pour le financement à court terme des sociétés groupées.

(126) Sur un plan comptable, la connexion des fonctions de contrôle et de financement peut être illustrée par l'existence d'un indicateur commun, le poste « autres valeurs immobilisées » qui comprend à la fois les titres mobiliers, actions et obligations, détenus par la société et les prêts à plus d'un an consentis par elle. On peut, certes, observer que les participations et créances, dont rend compte le poste A.V.I. peuvent aussi être détenues sur des sociétés hors groupe. Cette objection qui pose la question de la définition du groupe, et en dernière analyse, de la licéité de ces procédés dans la mesure où les créances procèdent d'opérations de crédit effectuées avec le secteur hors-groupe, ne saurait cependant affecter le lien entre les deux fonctions. Par ailleurs, il apparaît qu'en fait, la fonction financière est localisée dans les groupes au sein des sociétés dont le poste A.V.I. est le plus important. (Cf. « Étude économique et financière de 18 groupes industriels français en 1972 » par R. DE VANNOISE in « Économie et statistique », mars 1977, p. 11 et s., spéc. p. 25).

(127) Cf. PASTRE, op. cit., p. 246 et 247.

186. — Si les capitaux ainsi obtenus sont insuffisants à combler les déficits ou à financer les programmes d'investissements, elles peuvent prélever sur leurs fonds propres, qui s'avèrent souvent considérables en raison des ressources multiples qu'elles tirent des sociétés dominées : dividendes, redevances diverses, « frais de siège », etc... Elles sont également en mesure, lorsque les capacités de financement dégagées par le groupe ne suffisent pas à couvrir ses besoins, de faire appel aux groupes financiers, situés en amont du groupe, qui sont en dernière analyse, les propriétaires de la holding ou des sociétés-mères ou contrôlent indirectement ces sociétés (128).

Elles peuvent enfin emprunter des fonds à l'extérieur du cercle des sociétés groupées, par exemple en faisant appel au marché financier et notamment à la formule de l'emprunt obligataire (129).

Grâce aux capitaux ainsi recueillis, une répartition est opérée entre les filiales selon leurs besoins, par la voie de prêts et avances. Aucune opération de crédit ne peut cependant être réalisée, en principe, au profit d'entreprises étrangères au groupe et l'accès au marché monétaire est interdit à une société-mère ou holding. De telles opérations, qui ne peuvent être effectuées que par des organismes à objet financier exclusif — banques et sociétés financières de groupe (130) — contreviendraient non seulement à la législation bancaire et parabancaire mais dépasseraient certainement aussi l'objet statutaire d'une société dominante. Ce dépassement appelle des sanctions.

Lesquelles ? Il convient de le préciser à présent.

SECTION II

Sanctions de la transgression de la spécialité statutaire

187. — Par hypothèse, une société a prêté ses capitaux à une autre société appartenant au même groupe. Mais l'opération n'est pas formellement envisagée par ses statuts ou bien, même prévue, elle a été effectuée sans qu'elle présente le moindre rapport avec son exploitation

(128) V. Y. CITOLEUX, D. ENCAOUA, B. FRANCK, M. HEON : « Les groupes de sociétés en 1974 : une méthode d'analyse » in « Économie et statistique » n° 87, p. 53 et s. Ainsi les sociétés mères « Chargeurs réunis », « Delmas-Vieljeux », « Euromarché », « Primagaz », « Grands Travaux de Marseille », « Entreprise J. Lefebvre », « Gazocéan », dépendent toutes du « Groupe Lazard ».

(129) Par exemple, RPSA, société holding du groupe RHONE-POULENC a lancé en 1971 et 1975 deux emprunts obligataires de 450 millions chacun dont le produit a été « éclaté » entre ses filiales.

(130) V. *supra*, p. 55 n° 72 et p. 64 n° 85 et s.

principale. On peut observer que ce deuxième moyen de contester le rattachement du prêt à l'objet de la société prêteuse sera évidemment d'un usage très limité dans les groupes fortement structurés et économiquement intégrés. En effet, non seulement l'existence d'un contrôle permettra de justifier l'assistance d'une société dominante à une société dominée au regard de l'objet social de la première, mais encore tous les prêts consentis entre sociétés exploitantes seront légitimés par les relations d'affaires qu'elles entretiennent. Or, ces relations sont naturelles et nécessaires dans de véritables groupes économiques. En pratique, le problème se trouvera ainsi, en règle générale, limité aux groupes personnels ou à forme conglomerale.

188. La violation de l'objet social était généralement sanctionnée par la nullité de l'acte irrégulier avant que n'entre en vigueur l'ordonnance du 20 décembre 1969. Les associés pouvaient opposer cette nullité aux tiers, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la bonne ou mauvaise foi de ces derniers (131). Une telle solution était tout à fait critiquable, car ainsi que l'écrit M. COULOMBEL (132), « comment reprocher aux tiers la méconnaissance, dans leurs relations avec les organes de la société, d'un objet statutaire qu'aucune publicité ne leur révélait ? ».

Même après l'entrée en vigueur du décret-loi du 30 octobre 1935 qui est venu obliger les sociétés à publier leur objet ainsi que toutes modifications ultérieures apportées par les associés à celui-ci, cette conception demeurait contestable. Elle contraignait les tiers désirant contracter avec la société à procéder à certaines investigations qui, au demeurant, pouvaient aboutir à des interprétations peu sûres (133). En théorie, la position de la jurisprudence menaçait gravement le commerce juridique avec les sociétés et pour y parer, la Cour de Cassation eut recours à une conception restrictive de l'acte modifiant l'objet social ; cette conception permettait d'ailleurs à la fois d'assurer la sécurité des transactions et d'éviter un contrôle de l'opportunité de la gestion (134).

189. – Sans ruiner cette deuxième justification du formalisme jurisprudentiel, l'ordonnance du 20 décembre 1969 a eu pour effet de balayer la première : désormais, tout acte accompli par un organisme de gestion ou de représentation engage la société même s'il ne se rattache en aucune manière à

(131) Req. 5 novembre 1900, D. 1902, I, p. 5, note THALLER : v. égal. req. 27 juin 1881, S. 1883, I, 165 ; note ROUSSEAU au S. 1939, 4, 9.

(132) COULOMBEL, op. cit., p. 330.

(133) « Quand l'objet de la société serait énoncé, écrit THALLER (note précitée sous req. 5 novembre 1900), ce n'est pas cette mention générale qui leur fera savoir si chacune des conventions de la gérance y correspond ou non » ; adde : BERR, « L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales », Paris, 1961, p. 104, n° 144.

(134) V. supra, p. 117, n° 171.

l'objet statutaire (135). Mais la validité des engagements pris pour le compte de la société par ses dirigeants n'est acquise qu'à l'égard des tiers de bonne foi. L'ordonnance du 20 décembre 1969 n'exclut donc pas la nullité de l'acte, celle-ci pouvant être prononcée si la société est en mesure d'établir « que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

Cependant, la sanction normale de l'empiètement d'un dirigeant sur des pouvoirs réservés par la loi à l'assemblée générale extraordinaire, devient la mise en œuvre de la responsabilité de l'organe incompétent (136) (137).

Il n'est pas sûr néanmoins que l'action en nullité d'un prêt consenti par une société exploitante à une autre société du groupe soit d'un recours seulement exceptionnel. En effet, l'ordonnance de 1969 a essentiellement pour but de protéger les tiers restés entièrement étrangers à l'entreprise, à laquelle ne les unissent que des liens purement circonstanciels. On a entendu leur éviter certaines investigations et, en cas de doute, d'avoir à demander la ratification d'une assemblée générale extraordinaire de la société cocontractante à l'occasion de toute opération tant soit peu inhabituelle ou insolite.

190. — Or, on peut se demander si la situation des groupes correspond bien à celle envisagée par le législateur. D'abord, il est évident que certains « tiers » ne méritent aucune protection. Ainsi, si le prêt est consenti à une société dominante, comment celle-ci pourrait-elle ignorer l'éventuelle violation de l'objet de la société prêteuse ? Le problème se pose en revanche lorsque l'opération profite à une société-sœur qui peut légitimement, comme tout tiers, ignorer le libellé exact de l'objet statutaire de la société prêteuse. On doit alors, semble-t-il, raisonner comme si la société emprunteuse était demeurée indépendante : celle-ci ne mérite plus d'être protégée si, constatant que l'opération financière n'a été passée ni par une banque ni par un établissement financier, elle n'entretient avec le prêteur aucun rapport d'affaires préalable susceptible de justifier cette opération.

(135) Art. 49, 5° ; 98, 2° ; 113, 2° ; 124, 2° ; 255, 2° de la loi du 24 juillet 1966 (réd. ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969).

(136) Cette solution était déjà préconisée par M. COULOMBEL, *op. et loc. cit.*, qui n'admettait pas que le principe de spécialité statutaire pût être opposé aux tiers. Les seuls effets de celui-ci devaient être, selon l'auteur, de permettre un recours de la personne morale contre ses organes, auteurs du dépassement de l'objet statutaire. La responsabilité de ces derniers repose à la fois sur la violation de prescriptions légales impératives (cf. not., les articles 98, 1° et 113, 2° de la loi de 1966 qui limitent les pouvoirs du conseil d'administration et de son président à ceux nécessaires pour satisfaire l'objet social et leur interdisent d'exercer ceux réservés aux assemblées d'actionnaires, donc notamment le pouvoir de modifier les statuts qui n'appartient qu'à l'assemblée générale extraordinaire, en vertu de l'art. 153, loi du 24 juillet 1966) et sur une violation des statuts, puisque ce sont eux qui contiennent la définition de l'objet social.

(137) Pour une application en matière de prêts consentis par une société, v. com. 10 mars 1976, JCP 1977, 18566, obs. Chartier.

On s'aperçoit ainsi que dans les cas — assez rares, il est vrai, dans les véritables groupes économiques — où le prêt méconnaît l'objet social de la prêteuse, il n'existe plus, a priori, d'obstacle à le sanctionner par la nullité. Cette action pose essentiellement deux séries de difficultés, les unes relatives aux personnes recevables à agir, les autres à l'exercice de l'action.

§ 1 — Les demandeurs en nullité

191. — Il s'agit de sanctionner la violation d'une règle de compétence édictée dans l'intérêt de la société et de ses associés (138).

La société, représentée par ses organes légaux, a donc indéniablement intérêt à agir. Mais, on peut sérieusement douter — excepté dans l'hypothèse d'un renversement de contrôle et d'un passage de la société dans l'orbite d'un groupe concurrent — que ses représentants légaux intentent une telle action. La transgression de l'objet statutaire leur profite en effet indirectement dans la mesure de leurs intérêts dans la société emprunteuse.

Dès lors, les actionnaires de la société prêteuse n'ont pas d'autres recours que celui d'engager, pour le compte de la société (139), une action en dommages et intérêts contre les organes sociaux, responsables de la méconnaissance du pacte social. Mais, cette action en responsabilité, dont l'article 245 de la loi du 24 juillet 1966 permet expressément l'exercice *ut singuli*, peut s'avérer inefficace, lorsque les administrateurs poursuivis sont insolvables. En tout cas, elle ne permettra pas de réparer, dans la majorité des cas, l'intégralité du préjudice social.

Le problème se pose ici exactement dans les mêmes termes qu'à propos de la violation par la société de sa spécialité légale : le droit positif ne laisse aucune possibilité à l'actionnaire de demander la sanction la plus efficace de l'irrégularité : la nullité du prêt irrégulier (140). En effet, n'étant pas un organe

(138) COULOMBEL, *op. cit.*, p. 326 et s. Les créanciers sociaux sont donc irrecevables. Cela est logique : le désordre collectif résultant d'une violation des statuts ne saurait leur porter préjudice puisqu'ils demeurent étrangers à la société dans les affaires de laquelle il leur est interdit de s'immiscer.

(139) Une doctrine ancienne reconnaissait néanmoins à l'actionnaire un droit propre à courir le risque social et à retirer le profit éventuel dans telle entreprise donnée, à l'exclusion de toute autre, tant que les statuts n'auront pas été modifiés dans les formes prescrites : « parmi les droits individuels intangibles (de l'actionnaire) l'un des plus indiscutables est celui qu'ont les différents membres de s'opposer à toute violation du pacte qui les lie, tant que ce pacte n'a pas été régulièrement modifié » (note A.C. sous civ. 17 mars 1926, D. 1927, I, p. 118). Cependant, le préjudice invoqué par l'actionnaire ne lui est nullement personnel. La violation de l'objet social ne lèse pas ses intérêts particuliers, mais ceux de la collectivité des actionnaires.

(140) V. *supra*, p. 103, n° 152.

investi, titulaire du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers, l'actionnaire n'a aucune qualité pour conclure au nom de la personne morale contre les cocontractants de celle-ci (141).

Il convient de préciser à présent à quelles conditions une telle action pourra être exercée.

§ 2 — L'exercice de l'action en nullité

192. — Le régime applicable à l'action en nullité est celui du droit commun des nullités relatives. En effet, d'une part, on entend obtenir l'annulation d'un contrat et non d'un acte au sens de l'article 360-2° de la loi du 24 juillet 1966 (142). D'autre part, la nullité a été édictée en sauvegarde des intérêts privés des actionnaires. Mais le droit positif rend difficile l'exercice d'une action en nullité dirigée contre un contrat méconnaissant la spécialité statutaire de la société qui l'a conclu.

D'abord, la nullité ne pourra effectivement être prononcée que si la société peut démontrer la mauvaise foi de l'autre partie. Ensuite, cette action est dans la dépendance de la loi de la majorité qui est en mesure, sous certaines conditions, de ratifier l'acte irrégulier.

A - LA DÉMONSTRATION DE LA MAUVAISE FOI DE LA SOCIÉTÉ EMPRUNTEUSE

193. — Depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969, l'action en nullité dirigée contre les prêts contraires à l'objet social ne peut être utilement intentée que si la société peut démontrer que l'emprunteur savait que l'opération dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. L'ordonnance opère donc un renversement de la charge de la preuve : le cocontractant n'est plus tenu d'établir qu'il a pu légitimement croire à l'apparence (143) pour échapper aux effets de la nullité ; c'est à la société de prouver qu'il était de mauvaise foi si elle entend les lui

(141) A l'occasion de développements relatifs à la sanction des actes transgressant la spécialité légale des sociétés (supra p. 104 et s., n° 153), nous avons déjà fait part des réserves qu'appelait, à notre avis, le maintien, dans les relations groupales, du principe de l'exclusivité de la représentation sociale vis-à-vis de tous les tiers. Le pouvoir de représentation de la société ne doit-il pas être réservé aux représentants légaux à l'égard des tiers extérieurs au groupe et partagé, sous les conditions que nous préconisons, (supra p. 105, n° 154), avec les autres actionnaires, s'agissant d'actions dirigées contre les sociétés appartenant au même groupe ?

— (142) V. supra, p. 89, n° 146 et s.

(143) Com. 23 avril 1969, rev. soc. 1970, p. 115, note M.G.

imposer (144). Mais le fardeau de la preuve qui incombe à la société est allégé par la possibilité que lui reconnaît le législateur d'invoquer des « circonstances », desquelles pourra être déduite la mauvaise foi de l'emprunteur. Ces circonstances, ainsi que le relève la doctrine (145), peuvent être notamment liées à la personnalité du tiers.

194. — Une distinction peut être faite selon que les parties sont ou non en rapports de filiation. Examinons l'hypothèse où les parties entretiennent des relations de cette nature. Lorsque l'activité de prêt n'est pas formellement prévue dans les statuts de la société prêteuse et que l'opération profite à une société-mère ou à une holding, on ne voit pas comment celle-ci pourrait prétendre ignorer le dépassement de l'objet social : l'emprunteur, par hypothèse, connaît en effet très exactement la description statutaire de l'objet des sociétés qu'il domine. Apparaissant plus généralement comme le véritable instigateur de l'opération irrégulière, il est difficile sinon impossible de maintenir en sa faveur l'inopposabilité de principe instituée par la loi. Celle-ci relève, en pareil cas, d'une pure fiction.

Mais, la solution est-elle symétrique et vaut-elle également à l'égard de la filiale lorsque celle-ci emprunte des fonds à la société qui la contrôle ? La réponse semble être affirmative : la société-mère prêteuse, si elle poursuit la nullité du prêt, sera vraisemblablement en mesure d'établir que les dirigeants de la filiale emprunteuse ne pouvaient ignorer la transgression de ses statuts par ses propres organes. Après tout, les dirigeants de la filiale ne sont que l'émanation de ceux de la société-mère, lorsqu'ils ne sont pas, au moins pour partie, les mêmes personnes.

195. — La situation est différente lorsque les parties à l'opération financière ne sont pas unies par des liens de filiation. En pareil cas, en effet, l'emprunteur peut ne pas être assez étroitement intéressé à la marche des affaires et au fonctionnement de la société prêteuse pour connaître exactement le champ d'activité qu'impartissent à cette dernière ses statuts.

Aussi bien, peut-on alors estimer que le moyen invoqué ne sera généralement pas le défaut de mention expresse du prêt dans les statuts mais le caractère non dépendant de cette opération par rapport à l'entreprise principale du prêteur. Mais comment établir que l'emprunteur, en raison des circonstances, ne pouvait pas ignorer le défaut de rapport direct entre le prêt et l'exploitation principale du prêteur ? Comment démontrer sans équivoque qu'à son égard, le prêt ne pouvait apparaître que comme une pure opération financière, totalement isolée de l'activité normale de la firme prêteuse ?

Il semble que la seule solution satisfaisante à cet égard soit d'obliger le demandeur en nullité à prouver soit le défaut total de rapports d'affaires entre

(144) V. la note M.G. sous com. 23 avril 1969, précité.

(145) HEMARD, TERRE, MABILAT, « La réforme de la réforme... », art. préc., D. 1970, chr. XII, spéc., p. 54.

les sociétés prêteuse et emprunteuse, soit l'absence d'interdépendance de leurs activités respectives. En effet, si les objets statutaires des deux sociétés sont dénués de toute connexité, l'emprunteur ne saurait ignorer que le prêt ne peut servir, même indirectement, l'activité principale de la firme prêteuse. Il est clair à ses yeux que le prêt ou l'avance a été consenti en totale indépendance vis-à-vis de toutes contingences commerciales, de la même manière que si le crédit avait été octroyé par un établissement bancaire ou financier.

On s'aperçoit ainsi que la circonstance qui rend illicite le prêt au regard de l'objet social est identique à celle qui rend sa nullité opposable à l'emprunteur : lorsque les sociétés ne dépendent nullement l'une de l'autre dans leurs activités, le prêteur ne peut soutenir que l'opération financière doit s'interpréter, au-delà d'un soutien accordé à un tiers, comme une façon d'accomplir indirectement son propre objet. Il agit tout comme un prêteur professionnel, ce que ne peut ignorer l'emprunteur.

Lorsqu'un prêt inter-groupe est vraiment irrégulier, rien ne s'oppose donc à ce qu'il soit sanctionné par une nullité opposable à la société emprunteuse. Encore doit-on souligner que cette sanction peut être contrariée par une ratification des associés réunis en assemblée générale extraordinaire.

B - LA RATIFICATION DES ASSOCIÉS

196. — Si, en vertu de l'article 242, al. 2 de la loi du 24 juillet 1966, aucune assemblée ne saurait éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs par une ratification de l'acte irrégulier, une telle ratification peut cependant paralyser l'exercice d'une action en nullité dirigée contre un prêt méconnaissant l'objet social.

Cette ratification devra, en principe, être expresse et émaner d'une assemblée générale extraordinaire, seule compétente pour modifier aux conditions renforcées de quorum et de majorité inhérentes à ce type d'assemblées, les statuts dans toutes leurs dispositions (article 153 de la loi du 24 juillet 1966) et, par conséquent, pour « régulariser » une opération de gestion qui les dépasserait.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

197. — La spécialité du prêteur ne présente, malgré les apparences, aucun obstacle fondamental à la mise en place par le groupe d'un circuit indépendant de crédit. En cela, les solutions qui s'étaient dégagées de l'analyse de la réglementation bancaire rejoignent celles que révèle l'examen du droit des sociétés. On en sera surpris puisque ce dernier n'envisage nullement le groupe en tant que tel, contrairement au législateur bancaire. Il ne raisonne qu'à partir de la société isolée mais parvient pourtant sensiblement au même résultat.

D'abord, il permet une totale mobilité des capitaux dans les groupes dont les sociétés exercent des activités strictement interdépendantes. Ensuite, en permettant, en l'état des règles positives, de singulariser la situation des sociétés exerçant le contrôle sur les autres membres du groupe, le droit des sociétés s'avère favorable, tout comme la réglementation du crédit, s'agissant des prêts et avances consentis par une société à une autre dont elle détient plus de la majorité du capital. Enfin, il répute irréguliers, encore une fois à l'instar des principes présidant à la distribution du crédit, lorsque celle-ci est le fait d'une entreprise non enregistrée à titre principal, les prêts habituellement consentis par une filiale à sa société-mère, ou encore par toute société du groupe à une affiliée, dès lors qu'il n'existe pas de relations d'affaires entre elles.

Cette similitude des solutions s'explique du fait que le droit des sociétés a cantonné dans une totale abstraction le principe de spécialité : la contrepartie, condition de licéité de l'appauvrissement social, est saisie à l'état virtuel et cette virtualité se fonde elle-même sur l'existence de relations préalables au crédit qui unissent les sociétés prêteuse et emprunteuse ou seulement d'une connexité de leurs objets statutaires.

198. — Il est bien évident cependant qu'une véritable protection des intérêts minoritaires dans la société prêteuse mérite plus qu'une simple virtualité de contrepartie. A l'avantage exclusif et bien réel que retire le capital dirigeant de l'opération au sein de la société emprunteuse correspond en effet un appauvrissement immédiat mais patent du patrimoine de la société.

Il y a tout lieu de craindre que l'appauvrissement social ait été délibérément provoqué par le dirigeant en vue de s'avantager personnellement, de façon indirecte en favorisant l'autre société contractante dans laquelle il serait intéressé. De fait, la personnalité de l'emprunteur rend, aux yeux du législateur, l'opération si suspecte que parfois il l'a purement et simplement interdite et le plus souvent, la soumet à une procédure de contrôle obligeant l'emprunteur à justifier aux actionnaires l'intérêt que présentait sa conclusion pour la société.

Or, la chose est remarquable, les prêts et avances ne sont pas exclusivement soumis à l'un ou l'autre régime juridique. Tantôt ils sont interdits, tantôt ils sont réglementés. On mesure ainsi l'intérêt qui s'attache à l'examen des divers obstacles qu'oppose le droit des sociétés à la mobilité des capitaux dans le groupe en considération de la personnalité de l'emprunteur.

SOUS-TITRE II

LA PERSONNALITÉ DE L'EMPRUNTEUR

199. — Indépendamment des risques propres à toute opération de crédit, il en est d'autres qui proviennent de l'ascendant que peut exercer l'emprunteur sur le prêteur. N'est-il pas légitime de se montrer méfiant à l'égard du crédité lorsque celui-ci détient une autorité telle sur le créancier qu'il ne tient qu'à lui de transformer une opération de crédit en une appropriation pure et simple des fonds avancés ?

Certaines pratiques ont été depuis longtemps dénoncées (1) qui permettaient, sous le couvert de prêts et avances, de transférer définitivement les fonds de la société dans le patrimoine de ses dirigeants ou plus généralement de toute personne détenant des pouvoirs de décision en son sein. Lorsqu'on s'est rendu maître d'une société, quoi de plus facile que de se faire consentir un prêt pour en conserver indéfiniment le produit ? Il suffit d'omettre délibérément de restituer les fonds ou de reporter continuellement les échéances ou encore de se faire octroyer une remise totale ou partielle de la dette d'emprunt. Un jour ou l'autre, la créance de la société prêteuse à l'encontre de son dirigeant viendra augmenter le montant des créances douteuses et échouera finalement au débit du compte de pertes et profits.

200. — Ces risques, le droit des sociétés ne pouvait les ignorer. Aussi, la loi du 4 mars 1940 en son article 40 in fine a-t-elle réagi très énergiquement en interdisant purement et simplement aux dirigeants d'emprunter auprès de la société. Cette prohibition, reprise aux articles 51, 106, 148-1^o de la loi du 24 juillet 1966, repose, selon la doctrine, sur une présomption irréfragable de violation de l'intérêt social. Tout se passe comme si la loi présuait que l'intéressé tentait d'abuser de ses pouvoirs dans la société pour s'avantager personnellement au détriment des intérêts des autres associés ou actionnaires. Elle ne veut même pas connaître l'économie véritable du contrat de prêt. A ses yeux, il est indifférent que les prestations réciproques soient équilibrées ou non.

Si la règle d'interdiction avait une portée générale, elle constituerait sans doute l'entrave la plus grave à la mobilité des capitaux dans un groupe de sociétés. Mais, fort heureusement à ce point de vue, le législateur a restreint l'interdiction aux hypothèses dans lesquelles l'emprunteur est un dirigeant personnel physique : en principe, une société-mère pourra ainsi obtenir un financement des filiales dont elle serait administrateur. Mais, dans ce mouvement de faveur à l'égard des personnes morales, il est néanmoins une restriction qui concerne les SARL. En effet, l'article 51 de la loi du

(1) V. not. CHAMBAZ, «Les lois nouvelles», 1943, I, 93.

24 juillet 1966 interdit non seulement aux SARL de prêter ou d'avancer des fonds à leurs gérants et associés, mais, en outre, ne prévoit aucune dérogation en faveur des associés personnes morales. Dès lors, s'il est exact de dire que le droit des sociétés n'interdit qu'exceptionnellement les prêts inter-groupe à raison de la personnalité de l'emprunteur, il faut cependant ajouter que cela suffit à réduire gravement les chances d'autofinancement du groupe lorsque celui-ci comporte des SARL à forte capacité de financement.

201. — Cependant, il serait inexact d'affirmer que, dans tous les autres cas où le législateur autorise l'octroi de prêts et avances, il en permet aussi la conclusion sans autre forme de procès. En effet, tout contrat, quel qu'il soit, dès lors qu'il est passé par la société avec ses dirigeants, doit être soumis à une procédure de contrôle déterminée par la loi, tout au moins lorsque ce contrat présente un caractère inhabituel ou déséquilibré. Ici encore, le législateur présume que le dirigeant intéressé entend se favoriser au détriment de la société. Mais, cette fois-ci, il lui permet de se justifier en montrant que l'opération n'est qu'apparemment lésionnaire pour la société et correspond au fond à son intérêt bien compris. Or, cette procédure de contrôle comporte une étape essentielle, l'autorisation préalable du conseil d'administration à défaut de laquelle la convention peut être annulée. Cette obligation constitue évidemment un obstacle à l'impératif de rapidité requis pour la circulation des fonds dans le groupe.

Le droit des sociétés dresse par conséquent, en considération de la personnalité de l'emprunteur, un double obstacle à la mobilité des capitaux dans le groupe. D'abord, il les gèle en interdisant parfois les prêts et avances : ensuite, il ralentit leur circulation dans la plupart des cas en soumettant ces contrats à une réglementation spéciale (2).

(2) Sur la justification de l'étude des mesures d'interdiction et de contrôle à cette place, v. *supra*, n° 25 et 114, ad. notam.

CHAPITRE I

LES PRÊTS ET AVANCES INTERDITS

202. — L'article 51 de la loi du 24 juillet 1966 interdit à une SARL de prêter des fonds à toute société participant à son capital. Il importe peu que l'opération s'analyse en un prêt ou en une avance, une facilité de caisse ou une autorisation de découvert ; de même, il est indifférent que les parties aient stipulé un intérêt ou assorti l'opération de sûretés. L'opération est interdite en tant que telle, par son genre, même si en réalité elle doit s'avérer avantageuse pour la société. On doit souligner, d'emblée, le caractère assurément contestable de cette prohibition. Elle procède d'une méfiance, assez difficilement justifiable, du législateur envers les SARL ou plus précisément à l'égard des relations qui peuvent se nouer entre les sociétés et gérants et la personne morale. Peut-être a-t-il pensé que les risques d'abus de pouvoirs ou d'influence sont plus à craindre dans une société de petite taille et au capital peu élevé dans laquelle un associé peut assez facilement acquérir un rôle prépondérant.

Mais, avec le développement des groupes de sociétés, de tels risques se sont généralisés et existent désormais de façon latente au sein de toute société membre, quelle qu'en soit la forme. Le législateur n'a pas pour autant interdit les prêts consentis par une société anonyme à une société dominante qui l'administre. Il a préféré, pour prévenir les abus, imposer un contrôle de l'intérêt que présente l'opération pour la société plutôt que de l'interdire purement et simplement (3).

203. — Mais la raison de la méfiance du législateur et le véritable fondement de la prohibition des prêts que porte l'article 51 de la loi du 24 juillet 1966 ne résident-ils pas justement dans l'inefficacité qu'il attribue à la procédure de contrôle au sein d'une SARL ? On est cependant alors conduit à constater que la loi se trouverait en pleine contradiction avec elle-même. L'article 50 de la loi de 1966 assure en effet à la procédure de contrôle

(3) Comp. les solutions anciennes résultant de la loi du 23 mai 1863 sur «les sociétés à responsabilité limitée» qui interdisaient très généralement tout contrat entre la société et ses administrateurs (v. RIEG, note sous T. civ., Seine 27 novembre 1962, JCP 1963, II, 13305).

des conventions licites passées avec des « intéressés » dans le cadre des SARL, un champ d'application considérablement plus étendu que dans les sociétés anonymes, puisque ce texte n'excepte aucunement les opérations courantes conclues à des conditions normales.

En outre, l'article 51 de cette loi, dans l'unique cas où il admet la validité des prêts aux associés, c'est-à-dire lorsque la SARL prêteuse est une société financière, ne dispense pas de telles opérations de la procédure de contrôle. En effet, bien que s'agissant par hypothèse d'une opération courante du commerce d'établissement financier, le prêt assorti de conditions normales et donc licite au regard de l'article 51 (4), reste soumis aux formalités de l'article 50 (5). En effet, ce texte, contrairement à l'article 102 par exemple, ne fait aucune dérogation en faveur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

204. — Quoi qu'il en soit, on peut douter de l'efficacité d'une interdiction radicale de l'opération de prêt dans l'hypothèse de l'insertion de la SARL dans un groupe de sociétés. On ne saurait en effet prétendre que l'impossibilité pour une SARL de prêter ses capitaux à des sociétés de son groupe, associées à son capital, est de nature à supprimer tous les risques d'abus. L'opération sera-t-elle moins dangereuse si elle profite à une société étrangère au capital de la société prêteuse, mais qui obéit aux mêmes contrôles qu'elle ? On s'aperçoit bien qu'il n'en est rien ; les intérêts majoritaires dans le groupe sont en effet représentés sous des formes variées dans toutes les sociétés du groupe. En outre, n'existe-t-il pas d'autres procédés qui permettent à l'intéressé de parvenir au même résultat qu'un prêt et d'obtenir un financement de la société à laquelle il appartient ?

205. — Certes, l'on objectera alors que l'efficacité de la règle d'interdiction est fonction de son extension, et qu'il suffirait d'élargir son domaine d'application à toutes les hypothèses où l'on peut redouter un abus. Une telle solution doit cependant être résolument écartée : la règle légale de prohibition introduit en effet une grave atteinte à la liberté contractuelle. Son interprétation, dès lors, ne peut être que stricte. Cette solution rejoint d'ailleurs les besoins de la politique de collecte de fonds et de crédit du groupe. L'article 51 circonscrit en effet une zone dans le cercle des sociétés groupées où le prêt est interdit : non seulement le groupe se voit interdire d'utiliser toutes ses capacités de financement internes, puisque la SARL ne pourra prêter ses capitaux à aucune autre société du groupe participant à son capital

(4) L'article 51 de la loi de 1966 subordonne en effet l'exception qu'il institue à la réunion d'une double condition : non seulement la SARL doit exploiter un établissement financier, mais l'opération doit en outre appartenir à celles couramment effectuées dans ce commerce et être conclue à des conditions normales.

(5) Dans le même sens, v. BALENSI, « Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants », *Economica*, Paris, 1975, préf. HEMARD, p. 104, n° 150.

(notamment à la société chargée de collecter les excédents de trésorerie des sociétés groupées), mais, en outre, tout financement direct et réciproque entre SARL sera exclu.

Les principes juridiques comme les impératifs de fonctionnement du groupe commandent donc de restreindre le domaine de la règle d'interdiction aux strictes prévisions de la loi. Cette analyse s'impose aussi en raison de la sévérité de la sanction des prêts conclus en infraction à l'article 51 : indépendamment de leurs modalités et de leurs effets, ils doivent en effet être annulés.

SECTION I

Domaine de l'interdiction

206. — Les prestations peuvent, dans la réalité, être parfaitement équilibrées, l'opération sera néanmoins interdite si elle répond juridiquement à la qualification de prêt, et ce, uniquement en raison des parties qu'elle met en présence. L'interdiction suppose donc réunies certaines conditions, les unes relatives à l'opération elle-même, les autres relatives aux parties qu'elle met en rapport.

§ 1 — Exigence d'une véritable relation de prêt

207. — La règle d'interdiction est d'interprétation stricte car elle déroge à la liberté contractuelle. Doctrine et jurisprudence s'opposent à son extension par voie d'analogie. Seuls les prêts véritables tombent dès lors sous le coup de la règle d'interdiction. Deux conséquences en découlent : d'une part, la convention de compte courant souscrite entre une SARL et une société-mère n'est pas interdite (6). Cela est normal : le compte courant est un cadre juridiquement neutre et les remises qui y sont faites et qui, d'ailleurs, peuvent conduire à une position provisoire débitrice de l'associé, sont susceptibles de résulter de tout autre chose qu'une opération financière interdite (par exemple, la SARL a, au cours d'une certaine période, traité un chiffre d'affaires supérieur avec la société-mère que celle-ci avec elle). Seules les remises correspondant à des avances ou à une autorisation de découvert sont interdites (7).

(6) Paris 10 mai 1972, Bull. JOLY, juil. août 1972, n° 237, p. 502 (décision rendue sous l'empire de l'art. 40, L. 1867) ; v. aussi, Rép. Minist. à M. LIOT, J.O., déb. Sén., 20 août 1974, p. 1084 ; Bull., C.A.C., n° 16, oct. 1974, p. 307.

(7) BALENSI, th. précit., n° 128.

D'autre part, le recours à des procédés juridiquement différents du contrat de prêt même si, sur le plan économique, ils aboutissent au même résultat, reste licite, sauf évidemment en cas de fraude. Ainsi, seuls les crédits purement financiers sont prohibés (8) à la différence des crédits commerciaux.

A - LICÉITÉ DU CRÉDIT COMMERCIAL

208. — Il est bien évident que, si un « intéressé », par exemple une société-mère, achète à crédit des biens à sa filiale, un découvert est consenti qui correspond au délai de paiement accordé. Mais l'opération reste essentiellement commerciale et non financière (9). En effet, la vente à crédit ne peut être qualifiée de vente au comptant doublée d'un prêt que dans l'unique cas où un organisme spécialisé consent le crédit. En revanche, lorsque la SARL consent elle-même à son client, en l'occurrence la société-mère, des facilités de paiement, les deux aspects — vente et crédit — sont indissociables, le second étant l'accessoire du premier ; l'opération — qui est commerciale et non financière — forme un tout.

209. — Chaque fois que le crédit a pour origine une opération commerciale, l'article 51 ne saurait s'appliquer (10). Cette solution se justifie à la fois en droit et en fait. En droit, elle est confirmée par l'article 35 du décret du 23 mars 1967 qui, obligeant le commissaire aux comptes de la SARL, s'il en existe un (11), à rendre compte aux associés des « délais de paiement accordés », semble tolérer une action sur le moment du paiement. Ce texte admet ainsi implicitement le crédit par retard volontaire du règlement des fournitures. Elle se justifie aussi en fait. Il est en effet rationnel que « l'intéressé » puisse également bénéficier des conditions faites par la société à ses autres clients. Au demeurant, « la solution contraire conduirait à limiter les relations entre les sociétés et leurs dirigeants aux seules opérations au comptant, ce qui n'est pas souhaitable » (12).

(8) Encore faut-il préciser que tous les crédits financiers ne sont pas illicites mais seulement ceux formellement envisagés par le législateur. La jurisprudence applique très rigoureusement le principe, ce qui aboutit parfois à des solutions contestables. Pour un exemple, v. PARIS, 19 novembre 1974, G.P. 19 avril 1975, p. 286, note A.P.S. qui relève que « le nantissement ne tombe pas sous le coup de l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966 ». Or, les effets — et les dangers pour la société — d'une convention de nantissement constitué pour garantir la dette d'un dirigeant sont analogues à ceux d'un engagement de caution ou d'aval, opérations expressément interdites par la loi.

(9) BALENSI, op. cit., n° 124, p. 87.

(10) BOSVIEUX, *journ. sociétés* 1943, p. 40 ; R. et J. LEFEBVRE, « les aspects juridiques du commissariat aux comptes », éd. F. LEFEBVRE, 1970, p. 80, n° 223 ; DU PONTAVICE, *Bull. C.A.C.*, 1971, p. 124 ; 1973, p. 141 ; 1978, p. 105 ; PASTRE, op. cit., p. 290. Contra : BRAUDO « les conventions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 », thèse Paris, 1964, p. 112.

(11) Cf. les art. 64, loi de 1966 et 43 du décret du 23 mars 1967.

(12) BALENSI, op. cit., n° 126.

Aussi, un financement à court terme peut-il être fourni en altérant les termes normaux de paiement des opérations commerciales effectuées entre sociétés du même groupe. Par exemple, la SARL à liquidités excédentaires ou qui est en mesure d'obtenir auprès des banques des emprunts bon marché, peut recevoir des dirigeants du groupe l'instruction d'accepter des délais de règlement plus longs, si elle fournit des marchandises à d'autres sociétés du groupe à trésorerie plus tendue, ou de payer plus rapidement ses approvisionnements si elle occupe la position de cliente de ces dernières.

B - LE PROBLÈME POSÉ PAR LE PROCÉDÉ DIT DES « PRIX DE TRANSFERT »

210. — Indépendamment d'une action sur la date de règlement, certaines sociétés du groupe en relations d'affaires directes, peuvent se financer réciproquement en jouant sur le montant des transactions commerciales qu'elles effectuent. De la sorte, une SARL peut être amenée à facturer à sa société-mère ou à toute autre société associée à son capital, des biens et services, spécialement ceux pour lesquels on ne trouve aucun équivalent sur le marché ou qu'il est difficile d'évaluer objectivement, à un prix moins élevé afin de permettre à la société bénéficiaire de profiter indirectement de ses disponibilités. Ainsi financera-t-elle, à concurrence de la différence entre le prix « juste » et « normal » du bien ou du service et le prix effectivement stipulé, des sociétés du groupe auxquelles il lui serait interdit de prêter ostensiblement.

211. — Ce dernier procédé, dit des prix de transfert, se distingue du crédit commercial proprement dit. Sa licéité peut paraître plus douteuse dans la mesure où l'opération commerciale semble un prétexte pour réaliser une opération financière interdite. A notre connaissance, aucune décision de la jurisprudence n'a abordé le problème de la validité des « prix de transfert » au regard de l'interdiction de l'article 51 de la loi de 1966.

Certes, par application du droit commun de la simulation et de la fraude, l'on doit admettre que les prêts dont la véritable nature serait dissimulée sous le couvert d'autres opérations, dans le but d'éluder une interdiction légale, ne sauraient produire plus d'effets que les prêts ostensibles. Sans doute également, la simulation doit-elle être sanctionnée par la disqualification de l'acte et le rétablissement de sa véritable nature, la fraude par la nullité. Mais, encore faut-il établir l'intention de fraude et, au cas particulier, démontrer que les parties ne poursuivaient d'autre but que de réaliser une opération financière expressément interdite par la loi. Or, une opération commerciale assortie de prix de transfert peut-elle juridiquement s'analyser en un prêt, une avance, un découvert ou une facilité de caisse ? Force est de reconnaître qu'il ne peut en être ainsi.

212. — D'abord, une telle opération entraîne quand même transfert de la propriété ou de la jouissance sur des biens autres que de l'argent en même temps qu'elle permet un financement de l'une des parties. Ce n'est donc pas une opération purement financière. Ensuite, et surtout, les contrats interdits par la loi présentent tous une caractéristique essentielle commune qui est totalement étrangère au procédé litigieux. Ils réclament tous une restitution des fonds empruntés au prêteur (13). Or, la vente avec « prix de transfert » n'implique pour le bénéficiaire aucune obligation de rembourser. Les sommes acquises par l'une des parties grâce à l'opération lui restent définitivement acquises. Et si, d'aventure, la société favorisée est sollicitée à son tour de consentir une aide financière, sa propre prestation ne peut être assimilée à une restitution de fonds qui trouverait sa cause dans le contrat initial opérant le transfert litigieux. Le financement accordé en retour au groupe a une existence tout à fait indépendante. Il n'est d'ailleurs qu'hypothétique — alors qu'une restitution des fonds doit nécessairement suivre tout octroi de prêt — de même qu'il peut ne pas correspondre en valeur à l'avantage reçu et être attribué à une société différente.

Nous pensons donc que le financement d'une société-mère par une SARL au moyen de prix de transfert est en principe licite. La solution peut sans doute paraître paradoxale ; en effet, si le législateur a interdit le prêt, c'est qu'il craignait un pillage des ressources sociales. Or, un dépouillement commercialement injustifié au moyen de prix de transfert de l'une des parties au profit de l'autre peut, au moins aussi sûrement, aboutir à un tel résultat. Pourtant, le procédé n'est pas formellement interdit ; il est donc permis (14).

213. — A l'usage cependant, il s'avère plus dangereux et nocif qu'avantageux dans la mesure où il aboutit à fausser durablement les comptabilités et à induire, à la longue, les dirigeants sociaux en erreur sur la situation de la société (15).

On constate ainsi que le crédit commercial constitue le seul moyen conforme à la fois à la loi et à une saine gestion grâce auquel une SARL est en mesure de financer les autres sociétés de son groupe associées à son capital. Il faut cependant souligner qu'il ne peut s'agir que d'un pis aller. Le crédit commercial ne permet en effet de satisfaire aucun des objectifs d'une politique financière d'ensemble. Seul le prêt permet le financement d'unités situées hors de l'étroite sphère des sociétés directement en relations d'affaires, seul il permet d'assurer l'indispensable mobilité des capitaux dans le groupe. Or, il est interdit lorsqu'il est opéré par une SARL au profit de l'un de ses associés.

(13) Une restitution des fonds prêtés est de l'essence de toute opération de crédit telle qu'un prêt ou une avance (v. GAVALDA, note sous T.G.I., Paris, 13 avril 1970, D.S. 1971, 258 ; RIVES-LANGE, Rep. com. « Banques et Établissements Financiers », n° 73). L'abus de langage « prêt à fonds perdus » ne doit pas faire illusion. Un prêt n'est pas une libéralité.

(14) Rappr. Paris, 19 novembre 1974, précité.

(15) Sur ces dangers de la technique des prix de transfert, v. supra, n° 10.

Le contrôle de la qualité d'associé ou de tiers de l'emprunteur n'est pas purement formel, la loi permet en effet de déjouer toute combinaison des parties visant à camoufler l'emprunteur véritable derrière une autre société du groupe interposée.

§ 2 — Exigence de la qualité d'associé de l'emprunteur

214. — Lorsque le groupe prend le contrôle d'une société en difficulté, l'opération peut poursuivre deux objectifs. Ou bien la société exerce une activité rentable mais dont le développement est compromis en raison de la faiblesse de ses ressources de financement ; ou bien l'affaire est en perte de vitesse, mais la société possède une trésorerie florissante et une appréciable capacité d'endettement : par exemple, elle a à son actif de nombreux immeubles. Dans cette deuxième hypothèse, le groupe cherchera à disposer des capitaux de la société. Mais le pourra-t-il si celle-ci a la forme de SARL ? La réponse est affirmative lorsque les prêts sont consentis par la société avant son entrée effective dans le groupe, c'est-à-dire avant que l'emprunteur qui projette de participer à son capital, ne s'y associe réellement. En effet, la loi ne considère la qualité d'associé qu'au moment de la conclusion du contrat du prêt. Nous le vérifierons en premier lieu.

Par ailleurs, il a pu être observé combien la prohibition légale pouvait être gênante pour l'élaboration d'une politique financière d'ensemble, spécialement lorsque le groupe est composé de certaines SARL à forte capacité de financement. Bien tentante, dès lors, est la fraude qui consiste dans un premier temps à faire transiter les ressources d'une SARL à trésorerie excédentaire dans le patrimoine de sociétés non associées à son capital. Celles-ci, dans un second temps, les répartissent à nouveau entre d'autres sociétés qui, à raison de leur qualité d'associé, ne peuvent recevoir directement des prêts de la SARL. Ce type de fraude est formellement envisagé par le législateur qui interdit les prêts par personne interposée au même titre que les prêts directs. Il considère en effet la qualité d'associé au stade du bénéficiaire final du prêt.

A - CONSIDÉRATION DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ AU MOMENT DU PRÊT

215. — Le groupe se propose de prendre le contrôle d'une SARL qui dispose de capacités de financement inexploitées. Pendant la phase de négociation et avant même que l'une des sociétés du groupe ait réellement pris la qualité de société-mère à l'égard de la SARL, on sollicite de cette dernière qu'elle consente à certaines unités du groupe des prêts et avances. De telles opérations financières peuvent apparaître comme un droit d'entrée dans le groupe versé à la société-mère. Elles ne doivent pas être considérées comme

annulables dès la réalisation de la prise de contrôle. Non seulement les effets passés de la convention resteront valables car l'article 51 n'interdit pas à une SARL de consentir des avantages à un tiers non associé. Mais, en outre, la prise de contrôle ne peut entraîner résiliation de contrat, le texte susvisé n'interdisant que la conclusion du contrat, non le maintien dans les liens contractuels. Toutefois, la convention financière ne pourra pas produire d'effets nouveaux, différents de ceux normalement afférents aux stipulations originaires : les prêts devront être remboursés dans les termes du contrat, selon les délais éventuellement stipulés.

216. — Mais les avances dites « en compte courant », effectuées après la prise de contrôle, même si elles restent cantonnées dans les limites maximales initialement stipulées sont-elles licites ? La réponse semble être négative : certes la convention d'ouverture de crédit ne produit pas, en pareil cas, d'effets nouveaux, mais il n'en demeure pas moins que la SARL consentirait dès lors des avances à l'un de ses associés, ce qui est expressément interdit. La convention n'est donc pas ipso facto résiliée ; le remboursement des sommes avancées dans ce cadre s'effectue selon les modalités qu'elle fixe. Il est simplement interdit à la société-mère d'aggraver sa position débitrice. Pour les mêmes raisons, la société-mère ne pourrait plus bénéficier, après la prise de contrôle, d'une autorisation de découvert antérieurement consentie par la SARL (16).

Dès lors, par conséquent, que la société bénéficiaire prend la qualité d'associée de la SARL, la règle d'interdiction reprend tout son empire. Pour la tourner, la pratique a parfois tenté de dissimuler le véritable bénéficiaire de l'opération derrière un emprunteur ostensible non associé de la SARL. Un tel subterfuge est condamnable, la loi considérant la qualité d'associé au stade du bénéficiaire final du prêt.

B - LA CONSIDÉRATION DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ AU STADE DU BÉNÉFICIAIRE FINAL DU PRÊT

217. — Il serait trop facile de tourner la loi s'il suffisait à la SARL de consentir un prêt à une autre société du groupe, par exemple une société anonyme ne participant pas à son capital, qui en mettrait, directement ou indirectement, le produit à la disposition de l'intéressé, par exemple une société-mère commune. L'illicéité d'un tel procédé est manifeste, puisqu'un emprunteur fictif s'interpose alors entre deux personnes à l'égard desquelles

(16) Sur tous ces points, voir les développements de M. DU PONTAVICE, in Bull. Fed. ass. com. soc. 1970, n° 21, p. 79 et 80, qui considère le cas des administrateurs de société anonyme et l'article 106 mais dont l'argumentation peut, mutatis mutandis, être transposée dans le cadre de l'article 51.

le rapport de droit voulu est interdit par le législateur. C'est pourquoi l'article 51-3° de la loi de 1966 le condamne formellement et sanctionne cette fraude par la nullité du prêt ainsi consenti (17).

Cependant, l'interposition de personne ne se présume pas en principe, hormis les cas particuliers où des prêts sont consentis aux conjoints, ascendants et descendants des gérants et associés intéressés (article 51-3°) pour lesquels la fraude est présumée. Les demandeurs en nullité devront donc l'établir. Encore faut-il déterminer les cas dans lesquels on peut admettre qu'il y a réellement interposition de l'emprunteur et préciser comment celle-ci pourra être établie.

1 - Cas d'interposition d'un emprunteur fictif

218. — « L'intéressé » (dans notre exemple la société-mère commune au prêteur et à l'emprunteur ostensibles) doit s'être servi d'une personne juridique distincte pour réaliser une opération à son seul profit personnel. En théorie, deux cas d'interposition paraissent envisageables : ou bien le produit du prêt a été directement réaffecté par la société interposée à l'octroi d'un nouveau crédit, de même montant et aux mêmes conditions, consenti à la société-mère ; ou bien, il a indirectement servi à cette dernière seule parce que l'investissement réalisé par la société interposée qu'il a permis de financer, bénéficie exclusivement à la société-mère.

Mais, dans la réalité, une analyse très prudente s'impose avant de conclure à l'interposition de personne. D'une part, la conclusion d'un nouveau prêt entre l'emprunteur et la société-mère, même s'il suit d'assez près le financement initial, peut n'être pas frauduleuse. Le produit de l'opération de crédit originaire peut en effet avoir été utilisé par l'emprunteur pour développer ses propres activités et les capitaux nécessaires au prêt consenti à la mère peuvent être d'origine différente.

D'autre part, on peut légitimement douter que le financement d'un investissement devant revenir en toute propriété à l'emprunteur et dont l'intéressé aurait l'usage, même exclusif, suffise à caractériser la fraude à la loi. Après tout, l'emprunteur est libre de mettre en valeur comme il l'entend ses actifs. Il est notamment en droit d'exploiter indirectement, par exemple en souscrivant un contrat de bail ou de location gérance, un élément de son patrimoine, peu importe comment celui-ci a pu être financé (18). Sans doute devra-t-on se montrer circonspect lorsque la société-mère paraît seule

(17) Même dans le silence de la loi, cette solution eût été obtenue en faisant simplement appel au droit commun de la fraude. Cf. HEMARD, TERRE, MABILAT « les sociétés commerciales », t. I, p. 1013 ; pour une décision rendue sous l'empire de l'article 40 de la loi de 1867, v. T.G.I. Seine 27 nov. 1962, D. 1963, p. 730, note DALSACE ; Rev. soc. 1965, p. 75 ; JCP 1963, II, 13315, note RIEG.

(18) Sur ce point, comp. la solution nettement plus rigoureuse suggérée par M. DU PONTAVICE, in Bull. C.A.C. 1972, n° 7, p. 392 et s.

bénéficier du prêt en laissant toute la charge d'emprunt à l'emprunteur et en ne rémunérant pas, ou pas assez, la faculté de jouir de l'investissement ainsi financé qui lui aura été consenti.

219. — Il paraît cependant difficile de soutenir, en raison précisément de la personnalité distincte de la filiale emprunteuse et du droit de propriété qu'elle détient sur le bien acquis grâce au prêt, que la société-mère s'est servi d'elle comme d'une personne interposée. Ce qui est interdit, c'est qu'un associé puisse, par un pareil subterfuge, utiliser les capitaux de la SARL. Or, la société-mère ne dispose à aucun moment du produit du prêt qui a été investi par l'emprunteuse dans son exploitation. Elle profite indirectement du bien comme théoriquement toute autre personne pourrait le faire en contractant avec la société. Certes, la situation d'une société-mère est singulière. Elle peut en effet abuser de ses pouvoirs ou de son influence au sein de la société emprunteuse pour l'obliger d'une part à souscrire un prêt destiné à financer un investissement sans intérêt pour son activité et d'autre part à lui concéder le droit d'en jouir moyennant une rémunération dérisoire ou inexistante. Mais, en pareil cas, la sanction est celle de l'abus (19). Ce n'est pas, semble-t-il, la nullité du prêt. Il n'y a d'interposition de personne concevable que si un tiers, aux lieu et place de l'emprunteur apparent, dispose librement des sommes empruntées. Or, cette hypothèse ne se rencontrera que si l'emprunteur consent à prêter à son tour la même somme, aux mêmes conditions, à la société-mère (20).

Encore faut-il que le demandeur en nullité soit en mesure d'établir qu'un nouveau prêt a été effectivement octroyé par la société emprunteuse et que les mêmes capitaux ont servi à l'opération.

2 - La preuve d'une interposition de personne

220. — Pour démontrer tant l'existence d'un second prêt que le fait que la même somme a permis de le réaliser, il faut pouvoir examiner les comptes de la société-mère, supposée être la bénéficiaire finale de l'opération. A cet égard, l'examen des comptes de la SARL prêteuse n'apportera évidemment aucun élément. En outre, à supposer même qu'il existe un commissaire aux comptes dans le cadre de cette société, celui-ci ne sera en mesure d'établir que

(19) V. *infra*, n° 318.

(20) Pour un exemple d'interposition de personne dans un contrat de prêt, v. T. civ. Seine 27 novembre 1962, JCP 1963, II, 13305, note RIEG. Cette décision, rendue sous l'empire de l'article 40 de la loi de 1867, visait le cas d'un administrateur directeur général adjoint qui, par tiers interposé, avait « emprunté » à la S.A. qu'il dirigeait. En l'espèce, deux actes de prêt avaient été passés, le premier entre la société, représentée par l'intéressé, et un sieur C., le second entre ce dernier et l'administrateur intéressé. Tant le montant que les conditions des deux prêts coïncidaient rigoureusement, ce qui a permis au Tribunal de la Seine d'annuler l'opération sur le terrain du droit commun de la fraude. Cette solution peut être transposée sans difficulté aux prêts consentis par une SARL à sa société-mère, par tiers non intéressé interposé, d'autant que l'article 51-3° de la loi du 24 juillet 1966 prévoit expressément la sanction de la nullité en pareil cas.

l'existence et les modalités du second prêt, conclu entre la société interposée et la société-mère de la SARL prêteuse. Cette possibilité résulte de l'article 229-3° de la loi du 24 juillet 1966 qui donne le droit au commissaire de vérifier les comptes de la société-mère.

221. — Un premier indice de fraude, dont un tribunal s'est contenté (21), pourra être tiré de la coïncidence du montant et des conditions des deux opérations de prêt lorsqu'elles se suivent à un faible intervalle.

Mais ne suffira-t-il pas à la société dominante de modifier les caractéristiques du second prêt par rapport à celles du premier pour écarter une similitude par trop choquante ? De plus, un tel subterfuge peut même s'avérer inutile toutes les fois que la société, bénéficiaire finale de l'opération, détiendra une participation inférieure à 50 % dans le capital de la SARL. En effet, dans une telle hypothèse, aucun rapprochement ne pourra être opéré par un commissaire aux comptes.

On peut d'ailleurs se demander si la seule coïncidence des modalités des prêts constitue un indice suffisant de fraude dans les groupes où les échanges financiers entre sociétés sont intenses. En effet, rien ne permet d'affirmer que les fonds affectés au second crédit soient les mêmes que ceux qui ont été obtenus grâce au premier. Sans doute pourra-t-on admettre l'existence d'une fraude si la société, soupçonnée de s'être interposée, a gardé sans emploi les capitaux empruntés jusqu'à la date du prêt qu'elle a elle-même consenti à la société-mère. Mais, comment vérifier qu'elle a conservé les fonds dans sa caisse, sans examiner ses propres comptes ?

Il est clair, par conséquent, que la preuve la plus complète, et la plus convaincante, de l'interposition de personne sera le plus souvent extrêmement difficile. Néanmoins, ce type de fraude pourra quand même être décelé, quoique d'une façon indirecte, par le dépôt d'une plainte pour abus de biens sociaux contre le gérant de la SARL prêteuse qui a décidé le prêt au nom de celle-ci (article 425-4°, loi du 24 juillet 1966). Le choix de la voie pénale n'aura le plus souvent rien d'artificiel tant il est vrai que l'octroi d'un prêt interdit sera le plus souvent constitutif du délit d'abus de biens sociaux (22). De fait, le droit pénal offre des moyens d'investigation autrement plus considérables (23), ce qui permettra d'établir, outre l'abus éventuel, la conclusion par personne interposée d'une convention de l'article 51 et lèvera l'un des plus graves obstacles au prononcé de sa sanction.

(21) Cf. T. civ. Seine, 27 novembre 1962, précité.

(22) V. infra, n° 320 et s.

(23) Sur l'expertise judiciaire en matière pénale dans le cadre des groupes de sociétés, v. : -Rapport de M. A. GAILLARD présenté au XVIII^e Congrès national de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité, Rev. soc. 1980, p. 682 et s., spéc. p. 695.

SECTION II

Sanction de l'interdiction

222. — Contrairement à l'état de droit antérieur, l'article 51 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit formellement la sanction des prêts accordés par une SARL aux membres de son groupe qui participent à son capital : cette sanction est la nullité. La nullité des prêts consentis en transgression de l'interdiction légale est soumise à des règles propres. Elle ne saurait en effet obéir au régime général des nullités des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts tel qu'il est prévu aux articles 362 et suivants de la loi du 24 juillet 1966. Un contrat passé par la société n'est pas en effet l'un des « actes » que vise l'article 360-2° de cette loi (24).

223. — On ne peut ainsi éviter la difficulté de savoir si la nullité qu'édicté l'article 51 présente un caractère relatif ou absolu. La doctrine et la jurisprudence, lorsqu'elles ont envisagé cette question, ont examiné le caractère de la nullité instituée par l'article 106 de la loi de 1966 ou l'article 40-5° de la loi du 24 juillet 1867, dans sa rédaction datant de la loi du 4 mars 1943. Les solutions proposées dans le cadre de l'article 106 ou de l'article 40-5° de la loi de 1867 peuvent cependant être transposées sans difficulté au domaine propre de l'article 51 de la loi de 1966. Les intérêts protégés dans l'une et l'autre hypothèse sont en effet les mêmes. Mais quels sont-ils ? La question est fort controversée. Pour les uns, la prohibition légale aurait non seulement pour objectif la protection des intérêts des actionnaires et, le cas échéant, de ceux des créanciers de la société dont les biens constituent le gage général de leurs créances, mais également de moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction de pratiques risquant de nuire d'une manière générale au crédit de celles-ci et aux rapports commerciaux (25). Pour les autres, elle a pour objectif unique de défendre, non l'épargne et le crédit, intérêts publics, mais les intérêts privés des associés (26).

(24) V. supra, n° 146 et s.

(25) En ce sens, rép. minist. à la question de M. CHAUVET, dép., n° 10396, J.O. Déb. A.N. 10.04.1970 et Rép. minist. à M. LAURIOL, quest. n° 7147, J.O. Déb. A.N. 16.02.1974 ; Rouen, 24 novembre 1959, G.P. 1960, 114 ; T.G.I. Compiègne, 22 décembre 1964, JCP 1965, II, 14279, note N. BERNARD ; Paris, 26 mars 1966, G.P. 1966, I, 400 ; 19 novembre 1974, G.P. 19 avril 1975, 286, note A.P.S. ; Chambéry, 22 novembre 1976, rev. soc. 1977, p. 259, note M. GUILBERTEAU ; Montpellier, 7.01.1980, rev. soc. 1980, p. 737, note C. MOULY. Après avoir statué implicitement en ce sens (v. com. 25.11.1980, rev. soc. 1981, 579, note MOULY), la Cour de cassation, chambre mixte, vient de se prononcer expressément pour la thèse d'une nullité absolue en admettant le caractère d'ordre public de la règle d'interdiction (cass., ch. mixte, 10.07.1981, Rev. soc. 1982, 84 avec les observations très nuancées de M. MOULY) ; BALENSI, op. cit., p. 134, n° 185.

(26) T. Civ. Seine, 27 novembre 1962, JCP 1963, II, 13305, note RIEG (solution implicite) ; BOSVIEUX, Journ. soc. 1943, 42 ; RIEG, note précitée ; BASTIAN, juriscl. sociétés, V¹⁸, «contrats entre les administrateurs et la société», fasc. 130⁵, n° 86 ; M. GUILBERTEAU, note précitée ; R. HOUIN, RTD Co 1977, p. 545.

Il en était déduit le caractère absolu de la nullité dans la première opinion, le caractère relatif dans la seconde.

224. — Nous pensons, comme les tenants de celle-ci, que l'intérêt protégé par la loi est seulement celui de la collectivité des associés contre certaines formes de pillage réalisées au profit de quelques-uns d'entre eux. La loi entend écarter a priori le risque que certaines conventions permettent de commettre un abus des biens sociaux. Or, un tel abus ne lèse que très indirectement les créanciers sociaux (27) et a fortiori l'Épargne. De surcroît, le mécanisme légal tel qu'il a été analysé par la doctrine déjà sous l'empire de la loi de 1867 (28), confirme ce point de vue : la règle de prohibition frappe les « intéressés » d'une incapacité spéciale de contracter avec la personne morale. On s'aperçoit bien ainsi qu'elle n'a été instaurée qu'en sauvegarde des intérêts sociaux. En effet, si cette incapacité avait été instituée pour protéger des intérêts extérieurs à la société, elle eût plus logiquement pesé sur la société elle-même.

Du caractère relatif de la nullité, trois conséquences découlent habituellement : d'une part, seule la personne que la nullité protège à savoir la société (29), peut agir (29 bis) ; d'autre part, l'action se prescrit par 5 ans (30), enfin l'acte illicite peut être confirmé. Si les deux premières conséquences peuvent être admises, il n'en va pas de même de la troisième. De fait, contre une possibilité de confirmation se sont élevés des auteurs (31), néan-

(27) Cette raison explique que les créanciers sociaux soient irrecevables selon la jurisprudence répressive, à tenter une action civile contre les dirigeants poursuivis pour abus de biens sociaux, v. infra, n° 335.

(28) Cf. les auteurs cités par M. RIEG, note précitée ; BASTIAN, article précité.

(29) L'associé, pris individuellement, ne possède aucun intérêt propre, distinct de celui qu'il trouve dans la satisfaction de l'intérêt collectif à demander la nullité du contrat sur la base de l'art. 51 : le recomblement du fonds social, objet de l'action en nullité, ne profite pas à un associé en particulier mais à la collectivité sociale dans son ensemble. Cependant, rien n'interdit à un associé, à l'occasion d'une action sociale en responsabilité contre le gérant qu'il exercerait ut singuli, de démontrer que le prêt interdit constitue aussi un abus des biens sociaux (sur les éléments constitutifs de ce délit, v. infra, n° 323 et s.) ; pour une application v. MONTPELLIER 7.01.1980, précité, dont l'annotateur à la Revue des sociétés fait à juste titre observer : « le seul fait qu'il y ait infraction à l'art. 425 de la loi du 24.07.1966 (même si celle-ci n'est pas constatée dans les formes de la procédure pénale) rend l'acte contraire à l'ordre public et permet, sur le fondement de l'article 6 c. civ. d'annuler le contrat qui est un élément constitutif de l'infraction ». Cette nullité qui procède d'un délit pourra dès lors être prononcée par le juge.

(29 bis) Cependant, la Cour de cassation permet à d'autres intéressés, comme les certificateurs d'une caution donnée par la société au profit de son dirigeant, de se prévaloir de l'exception de nullité (com. 25.11.1980, précit.).

(30) L'article 367 de la loi du 24 juillet 1966, instituant une prescription triennale n'est à l'évidence pas applicable aux prêts irréguliers passés en violation de l'article 51. Le premier texte ne s'applique en effet qu'aux actes intéressant le fonctionnement interne de la société et non aux conventions passées par elle (en ce sens, Y. BALENSI, op. cit., p. 134, n° 185 ; contra : LANGLADE J.P., « Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes », R.T.D. Co. 1979, p. 355 et s., spéc. n° 43 et 57 bis).

(31) RIEG, note précitée ; M. GUILBERTEAU, note précitée.

moins favorables à une nullité relative des actes transgressant la prohibition légale. Ils rejoignent ainsi l'opinion d'une doctrine quasi-unanime (32) suivant laquelle la faculté pour l'assemblée générale d'adopter une résolution emportant renonciation à agir en nullité ne saurait être admise. Une confirmation aboutirait en effet à nier la distinction opérée par la loi entre les conventions autorisables et interdites.

225. — Nous adhérons pleinement à ces deux affirmations en apparence contradictoires : le prêt consenti par une SARL à une autre société de son groupe participant à son capital est nul d'une nullité sanctionnant la méconnaissance d'un intérêt privé, celui de la société prêteuse elle-même. En vertu des distinctions classiques, il s'agit donc d'une nullité relative. Mais une telle nullité ne peut être confirmée par celui en faveur de qui elle a été instituée sans porter atteinte à l'économie du texte qui l'édicte. Cependant, comment concilier le caractère relatif de la nullité et l'impossibilité d'une confirmation ? Comment expliquer que la personne morale à qui seule est attribué le droit de poursuivre la nullité, se voit interdire de renoncer, par une décision collective, à la demander ? En vérité, cette proposition ne paraît nullement receler une contradiction interne.

226. — Sur un plan général, les auteurs sont d'avis que l'on peut concevoir une nullité relative non susceptible d'être confirmée (33). L'interprétation de l'article 51 conduit à une remarquable illustration de cette idée. Le législateur craint tellement l'abus dans le cadre d'une SARL qu'il le présume lorsque les associés passent certains contrats avec la société. L'interdiction que porte ce texte repose donc fondamentalement sur la présomption irréfragable que le prêt est destiné à servir exclusivement l'intérêt personnel de l'associé au détriment de celui de la collectivité. Dès lors, admettre que l'assemblée générale puisse renoncer au nom de tous les

(32) Auteurs précités, note préc. ; adde : DALSACE, note sous T.G.I. Seine 27 novembre 1962, Rev. soc. 1965, 75 («A quoi servirait en effet, écrit cet auteur, l'interdiction de l'opération si celle-ci pouvait être régularisée par la suite ?»); RIPERT et ROBLOT, tr. élém. de Droit com., 5^e éd., n° 1262 ; BOSVIEUX, Journ. soc. 1943, 39 ; AUGER, Rev. soc. 1943, 79 ; CHAMBAZ «la loi du 4 mars 1943», Rev. Les lois nouvelles 1943, I, 93 ; contra : BASTIAN ; jurissociétés fasc. 130-5, n° 87 s. ; DAGOT, JCP 1970, I, 2332, spéc. n° 15 s. ; T. civ. Seine, 27 novembre 1962, précité (solution implicite).

(33) En ce sens, v. RIEG, note précitée : «il est faux de considérer la possibilité de confirmation comme un corollaire automatique et inéluctable du caractère relatif de la nullité» ; LE GALL, encycl. Dalloz, v° Nullités, n° 45 : la faculté de confirmation est «peut être abusivement attachée au caractère relatif de la nullité» ; COUTURIER, op. cit., p. 4, n° 4 : «la question de la confirmation devrait être posée distinctement et résolue autrement que par la seule qualification de la nullité, que par une simple référence à une classification des nullités de portée générale» ; CHEVALLIER, «Inexistence, nullité et annulabilité», rapport général, in Trav. Assoc. H. CAPITANT, t. XIV, p. 515 : «la considération de l'intérêt protégé supprime tout lien logique entre l'attribution du droit de poursuivre la nullité et l'extinction de la nullité par confirmation ou prescription».

associés, à demander la nullité en confirmant l'acte irrégulier reviendrait à reconnaître à la majorité le droit de déclarer que celui-ci présente néanmoins un intérêt pour la société.

Or, l'article 51 interdit de donner à la volonté sociale, même régulièrement exprimée, un tel effet, puisqu'il présume a priori et de façon purement abstraite qu'un prêt interdit ne saurait procurer aucun avantage à la SARL prêteuse. La ratification exprimée par la majorité des associés doit être tenue pour radicalement inopérante dans la mesure où elle affirmerait l'existence d'un intérêt que la loi exclut impérativement, quelles que soient les conditions auxquelles l'opération a été traitée.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

227. — Le maintien d'une interdiction radicale des prêts et avances que souhaiterait consentir une société de son groupe participant à son capital nous paraît une solution indéfendable. La règle de prohibition s'avère en effet à la fois dangereuse et désuète.

Elle est d'abord dangereuse. La SARL s'insère en effet, par hypothèse, dans un groupe de sociétés. L'organisation même de celui-ci en unités interdépendantes, mues dans une commune direction économique par une stratégie d'ensemble, implique un besoin, celui de faire tenir les excédents de certaines sociétés à la disposition des autres. Or, ce besoin peut être légitime et le financement réciproque entre sociétés groupées peut être à l'abri de tout reproche d'abus. Pourtant, le groupe doit user de subterfuges pour mettre à profit les ressources financières des SARL qui en sont membres. Et, devant l'usage limité qu'il pourra faire de certains, il tendra à en employer d'autres, tel le procédé des prix de cession, et s'exposer ainsi à rendre mensongers et trompeurs les comptabilités de ses membres, les prix et coûts internes.

Elle est aussi désuète dans la mesure où le risque d'un abus des biens sociaux, qu'elle tend à prévenir, s'est généralisé à toutes les sociétés membres d'un groupe, quelle que soit leur forme. Or, ce risque a été en principe, combattu, non par une atteinte, d'ailleurs très grave, à la liberté de choisir son cocontractant et une limitation au droit des organes de la société de gérer comme bon leur semble les actifs de celle-ci, mais par une série de mesures préventives de contrôle ainsi que des actions en responsabilité contre les auteurs des abus effectivement commis. On comprend mal qu'une SARL ne puisse aider sa société-mère ou l'un de ses clients ou encore ne soit pas en mesure de contribuer au financement de la société financière du groupe lorsque ces derniers participent à son capital. L'institution d'une présomption irréfragable d'abus relève d'une fiction et d'un parti pris. Il serait plus rationnel non de sanctionner la convention « intéressée » elle-même mais de faire contrôler par les associés sa conformité à l'intérêt social et de sanctionner, le cas échéant, celui à qui sa méconnaissance profite.

Peut-être estimera-t-on que l'unité des organes de gestion, caractéristique des SARL, rend peu souhaitable, en raison des risques accrus d'un abus de pouvoir du gérant, une levée complète de la règle d'interdiction. Mais, de lege ferenda, on peut espérer une mise à l'écart de cette règle lorsque la SARL aura désigné un commissaire aux comptes. Elle se rapproche ainsi de la situation d'une société anonyme qui ne connaît que des prêts et avances réglementés.

CHAPITRE II

LES PRÊTS ET AVANCES RÉGLEMENTÉS

228. — L'exigence d'une autorisation préalable à l'accomplissement par les organes de gestion de certains actes entrave la rapidité et la souplesse nécessaires à la vie des affaires. Elle implique aussi une atteinte à l'autorité des organes exécutifs puisqu'en ce qui concerne certains actes, elle aboutit à un changement de titulaire du pouvoir de décision.

Aussi le législateur n'a-t-il instauré le système de l'autorisation préalable qu'à titre tout à fait exceptionnel, lorsque les dangers d'un abus de pouvoir lui ont paru particulièrement importants. Ainsi en est-il de l'octroi par les organes exécutifs de la société de sûretés qui peut s'avérer d'autant plus pernicieux que le crédit de la société est consenti sans incidence directe et matérielle sur la consistance de ses actifs (34). Mais, indépendamment de l'opération juridique envisagée et de la gravité du préjudice social qu'elle peut occasionner, il existe une raison beaucoup plus générale de limiter les prérogatives des organes exécutifs de la société et de contrôler leur activité : c'est l'existence d'un risque d'abus de leur part dans tous les cas où ils sont personnellement intéressés à la conclusion des contrats qu'ils passent au nom de la société. Le législateur a pris très tôt conscience de ce risque et a entendu en prémunir les associés en instituant un contrôle de ces conventions. Ce contrôle était, dans le cadre de la loi du 24 juillet 1867, le fait de l'assemblée générale des actionnaires. Mais la généralisation de la pratique des autorisations générales annuelles a rendu illusoire les précautions du législateur. Aussi la loi du 4 mars 1943 a-t-elle purement et simplement substitué l'autorisation préalable du conseil d'administration à celle de l'assemblée. La loi du 24 juillet 1966 a maintenu cette règle tout en renforçant le rôle des commissaires aux comptes.

229. — Mais, dans l'esprit du législateur, l'application de la procédure de contrôle doit rester exceptionnelle. D'une part, elle est en principe restreinte aux cas où le cocontractant a rang de dirigeant social. D'autre part, l'existence d'un intérêt personnel antagoniste est insuffisante à justifier un contrôle chaque fois qu'il résulte de l'économie même de la convention passée

(34) Art. 98-4°, loi du 24 juillet 1966 ; HOVASSE, *op. cit.*, p. 197, n° 205 et s.

avec la société que le dirigeant n'a pas cherché à satisfaire son intérêt personnel au détriment de l'intérêt social. Parmi toutes les opérations mettant en rapport une société et son dirigeant, il en est, en effet, certaines qui paraissent dénuées de nocivité et exclusives, a priori, de toute idée d'abus : ce sont toutes les opérations couramment accomplies par la société et conclues à des conditions normales.

Mais les prêts et avances entre sociétés groupées appartiennent-ils à cette catégorie d'opérations ? Sont-ils soumis aux règles de contrôle ? La première difficulté qu'il convient de résoudre consiste donc à délimiter le domaine de la procédure de contrôle. Et, à supposer que ces contrats y soient compris, un deuxième problème se pose, compte tenu de la fréquence des opérations de financement inter-groupe qui, volontairement ou non, ne sont pas soumises à toutes ou, au moins, à certaines des formalités légales : celui des sanctions attachées par la loi à la méconnaissance de la procédure de contrôle.

SECTION I

Domaine de la procédure de contrôle

230. — Alors que la loi du 24 juillet 1867 soumettait uniformément toutes les conventions conclues entre une société et son dirigeant à une autorisation préalable de l'assemblée générale, celle du 4 mars 1943 a formellement exempté du régime d'autorisation préalable les conventions normales portant sur les opérations de la société avec ses clients.

La loi du 24 juillet 1966 a repris cette disposition, mais en l'étendant à toutes les opérations traitées par la société, aussi bien en aval qu'en amont, qui présentent un caractère courant et sont conclues à des conditions normales. Cette règle, qui ne s'applique pas aux SARL (35), fait figure d'exception au principe général d'autorisation des conventions intéressées. Elle est donc d'interprétation stricte et de droit étroit.

Cette première remarque est importante. Elle permet en effet d'expliquer que la notion d'intérêt à la convention, critère de l'application de la procédure de contrôle, a pu faire l'objet d'une interprétation extrêmement extensive et, corrélativement, pourquoi la réunion des conditions de l'exemption paraît si difficile. On vérifiera ces propositions dans deux paragraphes.

(35) L'art. 50 de la loi du 24 juillet 1966 ne prévoit aucune dispense de la procédure de contrôle en ce qui concerne les SARL.

§ 1 — La difficile réunion des conditions de l'exemption

231. — Seules les conventions « intéressées » présentant un caractère courant et assorties de conditions normales sont exemptées par le législateur. Or, de prime abord, il paraît douteux que les prêts et avances accordés à des sociétés du même groupe remplissent ces conditions. D'abord, la charge de contribuer au financement des autres sociétés du groupe ne se range pas pour la majorité de sociétés membres d'un groupe au nombre des charges courantes d'exploitation : prêter des fonds ne constitue pas une opération de gestion courante pour une société spécialisée dans un secteur du négoce ou de l'industrie. Ensuite, il a été fréquemment remarqué que les opérations de crédit ne poursuivent pas, à titre principal, la meilleure rentabilité du placement. L'avantage d'une incessante circulation des fonds dans le groupe en vue de leur plein emploi, la rentabilité globale des capitaux dans le groupe et les économies d'échelle que permet leur gestion centralisée sont considérés comme des biens supérieurs à la plus grande rentabilité des capitaux de chacun des membres du groupe. Il y a donc tout lieu de penser que les taux d'intérêt utilisés par les sociétés groupées lors de leurs relations de crédit seront des taux inférieurs aux taux habituels du marché pour des opérations analogues.

232. — Une conclusion superficielle mais provisoire serait ainsi que chaque prêt consenti à un intéressé devrait être soumis au contrôle, ce qui ralentirait évidemment d'une façon très sensible la mobilité des capitaux dans le groupe. La pratique a cependant aussitôt songé à réduire l'obstacle : si une autorisation préalable s'avère nécessaire, pourquoi ne pas organiser les relations de financement entre sociétés groupées de telle sorte qu'une seule autorisation globale puisse suffire ? A cette fin, elle a fait usage du mécanisme du compte courant qui relie très fréquemment les sociétés groupées les unes aux autres.

Une distinction s'avère donc nécessaire selon que les opérations sont réalisées en dehors ou dans le cadre de relations de compte courant.

A - OPÉRATIONS RÉALISÉES EN DEHORS DE RELATIONS DE COMPTE COURANT

233. — La procédure de contrôle s'attache à protéger la collectivité sociale contre tout dépouillement de la société, par la voie contractuelle, au profit de ses dirigeants. Elle permet de vérifier qu'un équilibre des prestations antagonistes existe et, dans le cas contraire, d'obliger les dirigeants à justifier le déséquilibre de la convention aux actionnaires. Toute la difficulté consiste à déterminer le ou les critères qui permettront de caractériser ce déséquilibre.

En effet, il s'agit par hypothèse d'une convention entre deux sociétés appartenant au même groupe. On peut alors douter qu'il soit convenable

d'appliquer à cette relation les critères auxquels on pourrait avoir recours dans les rapports entre sociétés restées indépendantes. Ce qui, en revanche, paraît infiniment plus important, c'est que chacune des sociétés groupées soit également traitée par l'autorité dominante et qu'elle ne souffre d'aucune discrimination par rapport aux autres. Dans cette conception, le caractère normal d'une convention de groupe se déduira naturellement de la conformité de son contenu par rapport aux conditions de groupe : s'il existe une « norme de groupe » susceptible d'être nettement dégagée, on ne voit pas pourquoi elle serait écartée alors qu'il convient justement d'apprécier une convention de groupe. Ainsi peut-on admettre qu'une opération soit assortie de « conditions normales » au sens de l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966 lorsqu'à circonstances et caractéristiques identiques, ses modalités seront calquées sur celles accompagnant des opérations analogues observées pendant la même période dans le groupe.

234. — Cette conception est au fond moins dangereuse qu'il n'y paraît. D'abord, une « norme de groupe » doit effectivement exister et pouvoir, le cas échéant, être établie sans difficulté. Ensuite, l'exigence du caractère normal de l'opération n'est pas la seule condition édictée par l'article 102. Il doit, en effet, encore s'agir d'une opération de gestion courante. Or, cette condition renvoie nécessairement au cadre de la société isolée. Théoriquement, un équilibre paraît donc possible entre les impératifs de bon fonctionnement du groupe, à savoir une circulation sans entrave due au formalisme légal des capitaux en son sein, et de protection des intérêts minoritaires, qui se traduirait par cette double proposition : les prêts et avances ne sont « courants » que par référence au cadre sociétaire du prêteur ; leurs conditions peuvent être tenues pour « normales » par rapport aux conditions en usage dans les groupes. Il faut vérifier la justesse de cette double affirmation.

1 - Le caractère courant de l'opération s'apprécie dans le cadre de la société isolée

235. — Certains conseils d'entreprise se contentent d'affirmer que les prêts et avances sont d'usage dans les groupes de sociétés pour les qualifier d'opérations courantes au sens de l'article 102. La démarche ne manque pas d'adresse, puisqu'elle renvoie à l'existence d'un usage qui, en matière commerciale, a la force d'une convention tacite. Elle n'est cependant pas convaincante : à supposer même qu'il s'agisse de pratiques bien établies, connues et incontestables, l'autorité attachée à tout usage suppose qu'il ne contrevienne à aucune loi impérative. Or, l'article 102 renvoie nécessairement au cadre de la société isolée. Cette opinion fait l'unanimité : l'article 102 vise, selon M. BASTIAN (36), toute « opération entrant dans l'activité courante de la société et semblable à celles que la société a l'habitude

(36) BASTIAN, *juriscl. soc.*, 130-5, n° 21, et réf. cit.

de faire pour la réalisation de son objet ». Un arrêt récent de la Cour de Cassation (37) a confirmé sans ambiguïté ce point de vue : une opération n'est courante, selon la chambre commerciale, que si elle est « de même nature que d'autres effectuées par la société et relevant de son activité statutaire ».

236. — Mais, s'il est indéniable qu'une opération courante doit s'apprécier dans le cadre de la société considérée, et non dans les rapports de groupe, on peut se demander s'il est en outre nécessaire qu'elle relève de son activité statutaire, comme l'affirment la majorité des auteurs et la jurisprudence.

La procédure de contrôle vise en effet à s'assurer que le dirigeant n'a pas abusé de ses fonctions pour s'avantager personnellement. Elle ne tend pas à vérifier que l'objet statutaire de la société a été respecté. Il est indifférent que l'opération constitue ou non un moyen de faire valoir l'actif social conformément au genre d'entreprise décrit aux statuts. Il suffit que, dans la réalité, la société accomplisse réellement le type d'opérations en cause même si elles sont omises par le pacte social. Il ne nous semble donc pas absolument nécessaire que l'opération s'inscrive dans les limites de l'objet social. Il est suffisant qu'elle entre dans l'activité habituelle de la société.

Cette solution n'est pas sans conséquence lorsque l'activité réelle de la société, habituellement exercée par elle, est plus large que celle que les statuts lui enjoignent de poursuivre (38). Ainsi, les prêts et avances seront considérés comme des opérations courantes à l'égard de toute société qui consent habituellement de tels crédits aux membres de son groupe, peu important que ces opérations soient accomplies en totale conformité avec les règles de la réglementation bancaire ou de la spécialité statutaire de cette société.

Inversement, l'opération ne peut présenter un caractère courant lorsqu'elle n'est accomplie qu'occasionnellement. Cette remarque est importante : en effet, l'article 102 exige cumulativement les deux conditions — opérations courantes, conditions normales —. Dès lors, il sera inutile de scruter les modalités des contrats conclus par des prêteurs occasionnels pour déceler leur éventuelle anomalie.

2 - Le caractère normal des conditions peut s'apprécier par rapport aux « conditions de groupe »

237. — La finalité de l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966 est de n'exempter de la procédure de contrôle que les seules opérations ne présentant aucun danger pour la société. Une solution simpliste consiste-

(37) Com. 21 avril 1977, Bull. civ., IV, p. 90, n° 105 ; Rev. soc. 1978, p. 252, note M. GUILBERTEAU.

(38) Rappr. la formulation très large de la chancellerie, qui définit l'opération courante « comme celle effectuée d'une manière habituelle par la société dans le cadre de son activité ». (Rép. min. LEBAS, n° 4276, J.O., Déb. A.N., 3-4 avril 1969, p. 870 ; RTDco, 1969, 514, obs. HOUIN).

rait à admettre que dès lors qu'un contrat serait conclu entre des sociétés groupées, il faudrait le soumettre au contrôle dans le cadre de la société dominée et l'exempter dans le cadre de la société dominante : loin d'avoir été librement négocié par les parties, le contenu du contrat n'est-il pas en effet dicté pour l'essentiel par celle-ci à celle-là ? Le législateur n'en a pas décidé ainsi. D'abord, l'anomalie ne se présume pas, mais se constate. Ensuite, le déséquilibre des prestations peut exister au détriment d'une société dominante. C'est, du reste, seulement à l'égard des sociétés dominantes — holdings et sociétés-mère — et de certaines filiales spécialisées dans le financement des sociétés groupées, en particulier les sociétés financières, que sera examiné le caractère normal des conditions des contrats de prêt et d'avance. Comme on l'a remarqué, la première condition posée par l'article 102, à savoir le caractère courant de l'opération, suffit en effet à entraîner l'application de la procédure de contrôle à la très grande majorité des sociétés groupées qui sont avant tout des exploitants et seulement occasionnellement des prêteurs.

238. — Mais que doit-on entendre par « conditions normales » ? S'agit-il de l'équivalence des prestations antagonistes telle qu'elle est appréciée par les parties ? La réponse est évidemment négative : le législateur a eu le souci d'évacuer du champ contractuel toute détermination du point d'équilibre. Par hypothèse, si un contrôle doit s'exercer sur la convention, c'est que l'on n'a pas voulu confier aux parties l'arbitrage de la « normalité » de l'opération.

Cette proposition a une application concrète immédiate dans les groupes de sociétés. Si les parties ne se sont pas conformées aux conditions accompagnant des contrats analogues passés avec d'autres personnes, en d'autres termes si les conditions de leur opération ne sont pas « normales » au sens de l'article 102, elles ne sauraient invoquer l'existence de contreparties extérieures au contrat que les pratiques du groupe rendraient probables, pour éluder les règles de contrôle. L'objet de ces règles est en effet justement de vérifier qu'un équilibre global est ou non réalisé.

Cependant, alors qu'il est en règle générale assez facile de déceler une norme quand il existe un marché des produits ou services, objets du contrat, cette exigence de l'article 102 conduit à de graves difficultés lorsque la prestation en cause est aussi particulière qu'une prestation de crédit. Même en écartant toute autre cause d'anomalie — par exemple, le défaut d'une clause classique dans un contrat de prêt comme une clause de déchéance du terme ou encore l'absence au contrat de toute précision concernant le remboursement et ses modalités — pour s'attacher uniquement à la difficulté la plus grave qui concerne la détermination du taux d'intérêt « normal », on est plongé dans la perplexité : quel est le juste taux d'intérêt d'un prêt, étant donné que ce taux ne peut être laissé à une libre évaluation par les parties des risques qu'entraîne l'opération, mais doit exister en dehors d'elles ?

239. — La question essentielle qu'il faudra résoudre est celle de savoir si le « juste taux », le « taux normal » doivent être recherchés à l'extérieur ou à l'intérieur du groupe. De prime abord, on sera peut-être surpris que l'on pose,

même à titre de simple possibilité, cette alternative. Ne doit-on pas, de toute évidence, se méfier des conditions existant à l'intérieur du groupe en cause ? L'analyse ne serait-elle pas nécessairement faussée si l'on prétendait déceler une anomalie à travers une autre ? D'autre part, toute société groupée n'est-elle pas en droit d'attendre au moins les mêmes avantages que ceux qu'aurait pu obtenir une société restée indépendante, se présentant librement sur le marché pour souscrire le même contrat ?

Ces arguments, à notre sens, ne peuvent emporter la décision. Le premier se fonde sur un postulat bien discutable : l'existence possible d'une norme générale, universelle, applicable à toutes les opérations d'un même genre, pour des opérateurs placés dans les mêmes conditions. C'est rechercher la complexité et, pour tout dire, se heurter le plus souvent en matière d'opérations de crédit à une impossibilité. N'est-il pas infiniment plus simple, et de plus, parfaitement conforme à l'esprit de l'article 102, de rechercher, non le quantum idéal de l'intérêt, mais l'application effective d'un intérêt donné, quel que soit son montant, à toutes les sociétés du groupe pendant une certaine période ? Indépendamment de toute considération pour le taux d'intérêt, l'anomalie de l'article 102 n'est-elle pas l'inégalité de traitement de l'une des parties par rapport aux cocontractants habituels ? L'anomalie, dans un groupe de sociétés, ne réside-t-elle pas justement dans l'attribution au cocontractant d'un avantage supplémentaire ou, au contraire, dans la frustration de celui-ci par rapport aux autres sociétés du groupe ?

240. — Si l'on admet ces propositions, on pourra aussi répondre à la deuxième objection : il est vain de recourir, à l'occasion de chaque convention passée avec un intéressé, à la fiction d'une société indépendante, restée maîtresse de ses propres intérêts. La société est, en effet, par hypothèse même engagée et insérée dans un groupe. Il n'est pas a priori anormal qu'elle se plie à la discipline et aux pratiques internes de ce groupe. La véritable — mais aussi la seule — anomalie dont elle puisse dès lors souffrir, est d'être l'objet d'une discrimination de traitement par rapport aux autres sociétés du groupe.

Dans cette conception, le déséquilibre des prestations, l'anomalie de la rémunération de l'opération de prêt se déduiront alors de leur non-conformité aux conditions habituelles accompagnant des opérations analogues observées dans le groupe pendant la même période. On peut immédiatement préciser que la conception proposée n'implique nullement une référence à la personne du cocontractant — ce que l'on pourrait critiquer avec raison, cette considération justifiant précisément la mise en œuvre d'un contrôle — mais des rapports objectivement similaires existant à une bien plus vaste échelle, celle du groupe. Cette prise en considération est parfois possible dans les groupes (b) alors que celle des taux en vigueur sur le marché des capitaux paraît toujours inadaptée (a).

a) L'inadaptation du critère des taux du marché

241. — Il peut surprendre que l'on juge inadaptés les taux observés pendant la période considérée sur le marché des capitaux. En effet, quelle norme est plus générale et plus objective que les taux du marché sur lequel la qualité des intervenants est indifférente ?

Pourtant, le critère du marché a été très vivement critiqué (39). On lui reproche essentiellement de négliger totalement la situation particulière de l'entreprise en cause. Cette critique est particulièrement fondée en matière de prêts et avances entre sociétés groupées. On le vérifiera en examinant la situation des sociétés financières d'une part, des holdings et sociétés-mère d'autre part.

Les sociétés financières s'adressent à trois catégories de clients : les entreprises hors-groupe qui se voient généralement appliquer les taux du marché, les sociétés du groupe ayant la qualité d'« intéressé » au sens de l'article 101 et les sociétés groupées ne possédant pas cette qualité. Mais le clivage essentiel, sur le plan des taux d'intérêt applicables, s'opère en considération de l'appartenance au groupe de la société bénéficiaire. Ainsi, toute société du groupe, qu'elle ait ou non la qualité d'intéressée, se verra consentir des prêts et avances à des taux préférentiels par rapport à ceux du marché. Cela se comprend aisément : si les conditions offertes aux sociétés groupées devaient être les mêmes que celles des fournisseurs habituels de crédit, à quoi servirait-il au groupe de créer ou de s'annexer un service interne de distribution du crédit ?

Or, si l'on appliquait le critère du marché, les conventions passées avec les sociétés groupées, « intéressées » au sens de l'article 101, tomberaient nécessairement sous le coup de la procédure de contrôle alors que celles passées avec des sociétés groupées « non-intéressées » y échapperaient, bien qu'elles soient assorties des mêmes conditions et de taux identiques.

Cette solution est illogique et d'ailleurs quelque peu arbitraire : pourquoi aligner le sort des administrateurs sur celui réservé aux clients les moins favorisés ? A la vérité, rien ne s'oppose à ce que l'on considère, avec la majorité de la doctrine, comme normales des conditions faites à un administrateur lorsqu'elles sont identiques à celles réservées aux clients les plus favorisés. C'est donc déjà une raison de rechercher le taux d'intérêt « normal » à l'intérieur du groupe. La situation très particulière des sociétés-mères et des holding en est une autre.

(39) V. not. I. BALENSI, « les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants », *Economica*, Paris, 1975, préf. HEMARD, n° 88, p. 60 ; PINOTEAU, « les risques de la gestion des entreprises », *L.G.D.J.*, 1973, p. 352 ; PASTRE, *op. cit.*, p. 293 ; contra : GUYON et COQUEREAU, « le commissariat aux comptes... », 1971, p. 227, n° 303 ; *Rep. minist.*, n° 4276, précit.

242. — Ces sociétés n'interviennent, quant à elles, que dans le cercle des sociétés appartenant au groupe. Elles ne se présentent jamais sur le marché des entreprises hors-groupe. C'est encore une raison de douter de l'opportunité d'une application des taux du marché à cette catégorie de sociétés. Allant plus avant, on constate en outre que de tels taux paraissent rien moins que normaux au cas qui nous occupe. Ils sont en effet ceux du marché global des offreurs de capitaux, des professionnels du commerce de l'argent. Ceux-ci, traitant un grand nombre d'opérations dans les secteurs économiques les plus divers, peuvent répartir et compenser les risques, ce qui est impossible pour une holding ou une société-mère dont l'activité financière ne présente qu'un caractère accessoire et est étroitement circonscrite au cercle des sociétés groupées.

A cet accroissement des risques, en comparaison avec les bailleurs professionnels de fonds, correspond à d'autres égards une diminution de certains autres risques, dont ne peuvent bénéficier la plupart du temps les prêteurs professionnels, sauf peut-être les banques d'affaires. En effet, en raison du contrôle étroit qu'exerce le créancier sur le crédit, la société dominante est en mesure de surveiller de très près l'activité économique de la filiale prêteuse et, en particulier, l'emploi des fonds prêtés. Trop d'éléments spécifiques existent donc qui rendent inadaptée et arbitraire une référence pure et simple aux taux du marché. Ils impliquent en revanche, lorsque cela est possible, une comparaison du taux accompagnant l'opération litigieuse aux taux en usage dans les groupes.

b) Le critère des taux en usage dans les groupes

243. — Dans certains groupes importants où les échanges financiers entre sociétés sont intenses, il existe un taux uniforme applicable à toutes opérations de crédit d'une certaine catégorie pendant une période donnée. Ainsi constate-t-on des taux en usage pour toutes les opérations de trésorerie et à court terme. Cette situation est moins fréquente pour des opérations à moyen et long terme dont la rémunération est adaptée aux contingences propres aux investissements qu'elles ont pour but de financer. Pourtant, certains groupes connaissent des taux annuels applicables aux avances à long terme conclues en leur sein (40).

Mais rien ne s'oppose, si un taux uniforme existe à l'intérieur du groupe pour un certain type d'opérations et pour une période donnée, à ce que ce taux confère aux rémunérations convenues entre prêteurs et emprunteurs qui le respecteraient un caractère normal. Bien évidemment, ce taux devra effectivement s'appliquer à la généralité des emprunteurs, placés dans des circonstances identiques et souhaitant obtenir dans le même temps des crédits analogues. Juridiquement, la solution ne saurait surprendre : l'anomalie, c'est en effet essentiellement la discrimination de traitement, l'inégalité des

(40) V. supra, n° 11. ad. notam.

avantages réservés aux cocontractants pour des opérations de même nature. Or, précisément, cette inégalité n'existe pas lorsque les taux sont alignés sur un taux unique, quel que soit son montant par ailleurs. On notera avec intérêt que le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens dans son arrêt du 15 février 1978 (41). En l'espèce, se posait le problème de savoir si des avances faites par une société française d'exploitation à une société américaine du même groupe et rémunérées par un intérêt inférieur de moitié environ à celui du marché présentaient le caractère d'opérations de gestion normale. Le raisonnement suivi par la Haute Assemblée est extrêmement intéressant : elle a d'abord constaté l'existence au sein du groupe d'une société financière chargée de la régulation des flux financiers dans le groupe. Elle a ensuite observé que celle-ci empruntait aux sociétés exploitantes à des taux moins élevés que ceux auxquels elle reprêtait les ressources collectées aux autres sociétés du groupe à besoin de financement (42). Mais, et c'est l'enseignement qu'on peut tirer de sa décision à notre point de vue, elle a considéré que bien qu'inférieure aux taux du marché, la rémunération du financement litigieux (celui existant entre les deux sociétés d'exploitation, l'une française, l'autre américaine) aurait été normale si les parties avaient prévu un taux égal à celui pratiqué par la société financière. Aussi le Conseil d'État a-t-il approuvé le redressement opéré par l'administration correspondant au taux d'intérêt qui aurait dû normalement être perçu aux motifs « que l'administration a fait une juste appréciation de la situation et des relations normales des deux sociétés en estimant que la société américaine aurait dû acquitter des intérêts au taux de 3,60 %, taux inférieur de moitié environ à celui du marché et **correspondant à celui qui était précisément pratiqué à la même époque par la société financière Y pour les avances faites par elle aux sociétés françaises du groupe X** ».

L'anomalie, c'est donc l'inégalité, peu important le quantum précis de la rémunération du prêteur. Quand il existe des taux en usage dans les groupes, même s'ils sont alignés sur ceux pratiqués par la société financière ou tout autre dispensateur de crédit habituel dans le groupe, ces taux ont une vocation générale à s'appliquer à tous les rapports de financements inter-groupe.

244. — Mais, un actionnaire isolé n'a pas la force de dissuasion du fisc et ses possibilités d'investigation. Aussi la direction du groupe se gardera-t-elle bien de donner une trop grande publicité aux taux utilisés dans les transactions internes, ne serait-ce que pour cette raison que leur divulgation ne manquerait pas de susciter des conflits avec les banques, les taux de groupe étant parfois si avantageux qu'ils sont inférieurs au taux de base bancaire. La « norme », si elle existe, ne sera souvent même pas révélée aux commissaires

(41) C.E. 15 février 1978, req. 44 13, Lebon, 77.

(42) Le mécanisme aboutissait à localiser un profit artificiel dans la société financière, ce qui a été considéré comme anormal.

aux comptes, pourtant tenus au secret professionnel. Mais il faut bien choisir : ou bien, l'on communiquera clairement aux assemblées intéressées les taux en usage dans le groupe, ce qui permettra, en cas de conformité de ceux-ci avec le taux d'intérêt accompagnant l'opération litigieuse, de dissiper les soupçons des actionnaires minoritaires et des créanciers (en particulier, du fisc) des sociétés qui y appartiennent, ou bien, on s'y refusera — ou on ne le pourra pas — et l'application de la procédure de contrôle s'imposera.

Dans certains cas, il existe cependant une possibilité d'éviter la formalité de l'autorisation préalable à l'occasion de chaque opération de financement. Elle consiste à réaliser cette opération dans le cadre d'un compte courant liant les parties.

B - OPÉRATIONS RÉALISÉES DANS LE CADRE D'UNE CONVENTION DE COMPTE COURANT

245. — Tout correspondant en compte courant, lorsqu'il se trouve en situation de débiteur provisoire, dispose, à hauteur de son découvert, d'une richesse économique sans contrepartie immédiate. Tout se passe comme si son correspondant lui consentait un crédit en se refusant à retirer ses fonds. Ce crédit existe en dehors de toute convention particulière de prêt ou d'avance. Il résulte simplement du jeu normal du mécanisme du compte courant, la fusion des créances réciproques en un solde immédiatement exigible par le correspondant auquel il est favorable (43). A ce titre déjà, le compte courant apparaît comme un instrument adapté à la distribution du crédit (44).

Il en est particulièrement ainsi dans les groupes de sociétés où, indépendamment des remises procédant de relations d'ordre commercial, il est parfois observé que la société-mère ou la holding laisse en compte (45) les dividendes et redevances versés par les filiales pour faciliter leur trésorerie.

(43) RODIÈRE et RIVES-LANGE, «Droit bancaire», précis Dalloz, 1973, n° 112.

(44) Cf. BRUNELAT, «la protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant», Sirey, 1964, p. 8, n° 3.

(45) Nous nous plaçons dans la seule hypothèse où il existe de véritables comptes courants liant les sociétés groupées. On supposera donc que les parties ont manifesté «l'intention de travailler en compte courant» (RODIÈRE et RIVES-LANGE, op. cit., n° 114 et s.) par un accord mentionnant leur «volonté de régler leurs créances par leur fusion en un solde immédiatement exigible et d'éviter ainsi des paiements séparés» et celle «d'affecter la totalité ou une certaine catégorie de leurs créances réciproques au compte» (auteurs précités, n° 116). En outre, il faudra supposer une véritable possibilité de réciprocité des remises (sur ce point, v. M.T. RIVES-LANGE, «le compte courant en droit français», LGDJ, 1969, n° 146 et s., p. 90 ; com. 10 juin 1949, JCP 1949, II, 5106, note M. CABRILLAC) qui «ne soit exclue, ni par la convention, ni par la nature des opérations envisagées» (BECQUE et CABRILLAC, RTDco, 1952, 135 et s.). C'est, semble-t-il, sur cette deuxième condition que se sont concentrées les difficultés. Cependant, dans les groupes où la mobilité des capitaux est intense, il existera le plus souvent une réciprocité effective et ininterrompue des remises. Par hypothèse, il s'agit en effet d'éviter l'accumulation de

246. – Il n'y a là aucun prêt, aucune avance pas plus d'ailleurs que de contrat : refuser d'utiliser les sommes résultant d'un paiement n'exige aucun accord du débiteur. Mais la situation est évidemment très différente lorsque l'une des parties bénéficie d'une promesse de découvert (46) ou d'un versement de fonds ayant pour cause une avance proprement dite qui ne présente que la particularité d'être réalisée en compte. Dans ces conditions, il existe sans nul doute une convention spéciale des parties, complètement étrangère à la convention de compte courant. Simplement, cette convention spéciale produira ses effets dans le cadre du compte, d'où les appellations de la pratique « avances en compte courant » et « ouverture de crédit ou promesse de découvert en compte courant ».

A priori, il n'y a donc aucune raison de les faire échapper à la réglementation de contrôle dans la mesure où ces conventions sont passées avec des intéressés. Or, dans l'opinion de certains (47), « de simples avances en compte courant peuvent être regardées comme des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales » (48). A ce titre, elles seraient donc exemptées des formalités de contrôle. D'explication, les tenants de cette opinion n'en donnent guère. Mais l'idée est-elle tellement évidente ? Il ne nous le semble pas ; au contraire, il peut paraître bien curieux que le compte courant ait cette vertu, quasi magique, d'exempter de l'autorisation préalable des conventions qui, envisagées isolément, n'auraient pas manqué d'y être soumises.

A la vérité, il semble exister un point où l'accord est possible. L'élément « conditions normales » de l'article 102 pose, en matière de prêts et avances, essentiellement un problème de normalité du taux d'intérêt. Or, si l'opération de financement réalisée en compte courant se plie réellement au régime particulier à ce type de convention et n'obéit à aucune autre condition tirée d'une convention spéciale des parties, on peut admettre que sa soumission au

« capitaux dormants » et d'affecter constamment les fonds là où ils sont le plus utiles. Le problème pourra en revanche se poser dans des situations singulières, en particulier dans le cas de soutien à des sociétés en difficulté. La Cour de Cassation a, en effet, estimé que lorsque le compte n'est alimenté que par des avances unilatérales de l'une des parties, la condition de réciprocité des remises n'est pas satisfaite même si elles sont suivies de versements opérés par l'autre partie en vue d'amortir sa dette (com. 24 avril 1950, JCP 1950, II, 5844). Mais, cette solution semble remise en cause par la doctrine. Selon celle-ci, la réciprocité des remises, condition du compte courant, ne doit pas être confondue avec la réciprocité des découverts. Ainsi, M. BRANGER (« Traité d'économie bancaire », II, PUF, 1968, p. 65) écrit-il : « un compte peut donc constituer un compte courant alors qu'il est seulement destiné à constater des avances en numéraire et leur remboursement, s'il est alimenté exclusivement par des dépôts et des retraits » (v. dans le même sens, RODIÈRE et RIVES-LANGE, op. cit., n° 120, p. 131).

(46) RODIÈRE et RIVES-LANGE, op. cit., n° 242, p. 293.

(47) HOUIN, obs. RTDco, 1967, 1088, n° 9 ; GUYON et COQUEREAU « de commissariat aux comptes : aspects juridique et technique », Libr. tech., 1971, p. 228, n° 303 ; contra : de BERMOND DE VAULX, « les comptes courants d'associés », Rev. soc., 1971, p. 479 et s., spéc. n° 21.

(48) Paris, 10 mai 1972, Bull. Joly, 1973, paragr. 237, p. 502. V. égal. com. 13 novembre 1967, Bull. civ., III, n° 365, p. 346, (sol. a contrario).

taux applicable aux opérations du compte courant confèrera à la rémunération un caractère normal. L'égalité des conditions et l'uniformité du taux assurent en effet, selon nous, la normalité des stipulations conventionnelles.

247. — Mais, à supposer ces premières conditions réunies, l'avance ou la promesse de découvert en compte courant présentent-elles le caractère d'une opération courante, au sens de l'article 102 ? Une première distinction paraît devoir s'imposer selon la qualité du créateur. Dans les deux espèces citées, l'arrêt de la chambre commerciale du 13 novembre 1967 et celui de la Cour de Paris du 10 mai 1972, il s'agissait de versements réalisés par un président-directeur général au profit de la société. De fait, l'hypothèse est assez fréquente, en particulier dans les groupes de sociétés, dans laquelle les dirigeants sociaux et les principaux associés assurent le financement de la société par ce moyen.

C'est, semble-t-il, pourquoi certains admettent si facilement le caractère habituel, et donc courant, de pareilles avances en compte courant. Mais, le problème se pose sous un jour très différent lorsque ces opérations sont consenties à la société par des tiers, par exemple des sociétés sœurs entretenant avec elle des relations d'affaires. De même en est-il lorsque, loin de recevoir le crédit, la société le consent à la société dominante ou à des sociétés apparentées. Est-il « courant » que la société avance des fonds ou autorise son correspondant en compte courant à se « mettre » à découvert ?

Ce n'est pas notre avis : pas plus que lorsqu'elle est réalisée isolément, une opération de crédit consentie par un industriel ou un négociant dans le cadre d'un compte courant le liant au bénéficiaire, ne présente un caractère « courant » (49).

248. — Cependant, l'existence d'un compte courant liant les sociétés du groupe présente au regard des contraintes attachées au respect de la procédure de contrôle, un intérêt essentiel.

Au lieu d'une autorisation particulière pour chaque prêt et chaque avance, il suffira d'une autorisation globale du conseil d'administration portant sur un montant maximum de découvert accordé au correspondant. Celui-ci pourra alors porter son solde débiteur à un certain niveau pendant une période donnée. De plus, et toujours sans nouvelle autorisation, il pourra en effectuant une remise, bénéficier automatiquement d'une nouvelle ouverture de crédit d'égal montant. En effet, en diminuant son débit réel, il n'amoindrit pas son débit possible, c'est-à-dire le droit au découvert qu'il possède dans les limites de la ligne de crédit initialement autorisée (50). Ce n'est que lorsque l'encours maximum autorisé paraîtra encore insuffisant qu'une nouvelle autorisation s'imposera.

(49) Dans le même sens, v. Rép. minist. 20 août 1974, J.O. Déb. Sénat 20 août 1974, p. 1084.

(50) Sur ce point, v. not. RODIÈRE et RIVES-LANGE, op. cit., n° 242, p. 293.

Les développements qui précèdent nous permettent de constater que le champ d'application de l'exception instaurée par l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966 est de domaine fort restreint. Sans doute existe-t-il des perspectives d'assouplissement au profit de certaines sociétés groupées qui exercent une intense activité financière au profit de leurs membres, en particulier les holdings. Mais elles se heurtent à la volonté des dirigeants du groupe de maintenir dans la plus complète opacité les flux de crédits internes. De ce fait, la procédure de contrôle s'impose comme une nécessité inéluctable : le droit positif retient en effet une conception extrêmement extensive de la notion d'intérêt à la convention.

§ 2 — L'extrême extension de la notion d'intérêt à la convention

249. — La loi du 4 mars 1943, telle qu'elle a été interprétée par la Cour de Cassation (51), présentait le tort considérable de soumettre la mise en œuvre du contrôle à la seule existence de liens organiques entre les sociétés cocontractantes. De nombreuses conventions pouvaient ainsi échapper à la procédure d'autorisation, spécialement dans les groupes de sociétés. Il suffisait en effet que les sociétés parties n'aient aucun organe commun. Cependant, même en pareil cas, l'existence d'un pouvoir de domination faisait peser les mêmes dangers sur l'autonomie des patrimoines sociaux. Il était donc nécessaire d'élargir le champ d'application du contrôle à toutes les situations où l'une des sociétés contractantes, sans être dirigeant de l'autre, avait néanmoins un intérêt particulier, même indirect, à la convention. Cette extension du domaine du contrôle a été réalisée par la loi du 24 juillet 1966 qui permet pratiquement l'application de la procédure à toutes les conventions passées entre sociétés d'un même groupe.

250. — D'après l'article 101 de la loi de 1966, « toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou

(51) Aux termes de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, tel qu'il a été modifié par la loi du 4 mars 1943, la procédure devait s'appliquer à « toute convention entre une société et l'un de ses administrateurs, soit directement ou indirectement, soit par personne interposée ». Les dispositions légales permettaient ainsi une application de la procédure de contrôle chaque fois qu'un administrateur avait un intérêt indirect à la convention. Mais la jurisprudence, fidèle au principe d'interprétation stricte des textes dérogeant à la liberté des conventions, n'a jamais admis cette solution. Selon elle, l'alinéa 2 seul de l'article 40 prévoyait limitativement des hypothèses où l'intérêt indirect de l'administrateur était présumé de façon irréfragable. Il s'agissait des « conventions entre une société et une autre entreprise, si l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé en nom, gérant, administrateur ou directeur de l'entreprise » (cf. com. 21 juillet 1964, G.P. 1964, II, 415 ; RTDco, 1965, 130, obs. HOUIN).

directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée. Sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenant entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux (52) de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise » (53).

C'est donc dans trois hypothèses que les prêts et avances inter-groupe devront être soumis à la procédure de contrôle. D'abord, lorsqu'il existe des rapports organiques liant directement les sociétés cocontractantes (A), ensuite lorsque le dirigeant de l'une ou de l'autre de ces sociétés trouve un intérêt indirect à la convention (B), enfin lorsqu'il a recouru à la fraude consistant à interposer une personne pour réaliser le rapport de droit réglementé entre la société et lui (C).

A - RAPPORTS ORGANIQUES LIANT DIRECTEMENT LES SOCIÉTÉS COCONTRACTANTES

251. — Cette hypothèse ne présente aucune difficulté. Elle vise en effet les conventions par lesquelles une société traite directement avec une autre société dont elle est administrateur. En pareil cas, la personne morale administrateur figurant ostensiblement au contrat et possédant évidemment un intérêt direct à la conclusion de celui-ci, ce contrat devra être soumis à la procédure de contrôle dans le sein de la société administrée.

B - L'INTÉRÊT INDIRECT (54) DES DIRIGEANTS SOCIAUX DANS LA SOCIÉTÉ COCONTRACTANTE

252. — L'hypothèse ici envisagée est celle où le dirigeant de l'une des sociétés parties à la convention exerce également des fonctions de direction dans l'autre. Le législateur craint alors que ce dirigeant ne retire de la convention un avantage indu sans qu'il y soit néanmoins lui-même partie.

(52) En vue de briser l'interprétation jurisprudentielle restrictive antérieure, le législateur a formellement retenu la qualité de directeur général pour fonder l'application de la procédure de contrôle.

(53) L'article 143 de la même loi étend notamment le régime de contrôle aux conventions passées avec les personnes morales membres du conseil de surveillance dans les sociétés anonymes de type nouveau et l'article 258 vise également les personnes morales ayant la qualité de gérant ou de membre du conseil de surveillance dans le cadre des sociétés en commandite par actions.

(54) Sur cette notion, v. DU PONTAVICE, «les notions d'«intérêt indirect» et d'«interposition de personne» dans l'art. 101-2° de la loi sur les sociétés commerciales», Bull. Féd. assoc. com. soc., 1969, n° 16, p. 14 et s. ; HEMARD, TERRE et MABILAT, t. I, 1972, p. 893, n° 1021.

Dans les cas prévus aux articles 50-3°, 101-3°, 143-3° et 258-2° (55), le législateur du 24 juillet 1966 présume que le dirigeant de l'une des sociétés trouve nécessairement, du fait même des fonctions qu'il occupe dans la société cocontractante, un intérêt indirect à la convention signée entre elles.

Ainsi, toute convention passée entre deux sociétés sœurs, administrées par une même société-mère ou une holding commune devra être soumise au contrôle, sans même qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un intérêt de la mère ou de la holding, dirigeant de droit de ses deux filiales. La procédure de contrôle devra être respectée dans le chef de chacune de ces deux sociétés, même si, en fait, le risque d'un préjudice ne pèse que sur l'une d'entre elles.

253. — Mais, la loi du 24 juillet 1966 a conféré son autonomie à la notion d'intérêt indirect en la détachant nettement de celle de liens organiques pouvant exister entre le dirigeant de l'une des sociétés cocontractantes et l'autre (56). Elle cesse ainsi de se référer à la seule manifestation extérieure de l'existence d'un groupe, la communauté des organes sociaux pour considérer toute forme d'intérêt ou d'influence que peut avoir le dirigeant social dans la société cocontractante lorsque cet intérêt ou cette influence lui permet de retirer de la convention certains avantages personnels. Toutefois, l'intérêt indirect ne pourra plus être présumé mais il devra être établi.

La notion d'intérêt indirect fait l'objet de dispositions particulières dans la loi du 24 juillet 1966 (57). Celles-ci s'imposaient pour briser l'ancienne jurisprudence, rendue sur la base de l'article 40 de la loi de 1867 qui exigeait, au nom du principe d'interprétation stricte des dispositions restreignant la liberté contractuelle, que le dirigeant occupât au sein de l'entreprise cocontractante, une des positions expressément visées par la loi pour soumettre la convention à la procédure de contrôle (58).

(55) Ces textes assujettissent au régime d'autorisation préalable toutes conventions passées entre la société et une «entreprise» ou société (ce dernier terme n'est utilisé que dans l'art. 50 relatif aux SARL) dans laquelle le dirigeant de la première est propriétaire du fonds, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de la seconde.

(56) DU PONTAVICE, art. cit.

(57) Art. 101-2° (S.A. de type classique), 143-2° (S.A. de type nouveau). Cependant, la faculté d'établir l'intérêt indirect n'existe pas dans le cadre de la SARL ni dans celui de la société en commandite par actions. Les articles 50 et 258 de la loi de 1966, applicables à ces sociétés, ne font en effet nulle référence à la notion d'intérêt indirect. Bien qu'il semble s'agir d'une maladresse de rédaction plus que d'une intention délibérée du législateur (en ce sens, DU PONTAVICE, cit.) le principe d'interprétation stricte des textes limitant la liberté contractuelle commande d'écarter toute possibilité d'établir l'intérêt indirect du dirigeant dans ce type de sociétés. Ce n'est donc que lorsque la présence du dirigeant social dans l'entreprise cocontractante prendra l'une des formes limitativement énumérées par la loi que la convention sera obligatoirement soumise au contrôle. A la vérité, dans le cas particulier des prêts et avances qu'entendrait consentir une SARL à l'une des sociétés associées à son capital, cette particularité est négligeable puisque l'octroi de tels crédits est en principe interdit (art. 51, loi du 24 juillet 1966).

(58) V. not. com. 21 juillet 1964, précité : la S.A. du Casino de Palavas-les-Flots avait conclu, avec la SARL d'exploitation de cet établissement, une convention alors que l'un des administrateurs de la S.A. était associé de la SARL. Selon la Cour suprême, une telle convention

254. — La notion d'intérêt indirect est une notion extrêmement souple dont il serait vain de recenser toutes les applications que les juges du fond pourraient en faire dans leur pouvoir souverain d'appréciation. Il est cependant vraisemblable qu'un administrateur de la société, également principal actionnaire de la société cocontractante ou plus généralement détenteur d'un tel pouvoir au sein de celle-ci qu'il est en mesure d'influencer la décision de ses organes, pourra se voir reconnaître un intérêt indirect à la convention susceptible de l'obliger à respecter la procédure de contrôle dans les deux sociétés (59).

Le problème a été posé en doctrine de savoir si une extension des dispositions légales était nécessaire pour envisager le cas fréquent dans les groupes, où les administrateurs de la filiale sont des salariés de la société-mère cocontractante. En d'autres termes, doit-on ou non admettre que ces administrateurs ont en tant que salariés de la société-mère un intérêt indirect à la convention ? Certains ne l'ont pas admis, faisant valoir qu'en pareil cas l'intérêt du dirigeant serait trop indirect pour pouvoir être pris en considération (60). On peut en douter : en effet, tant le siège d'administrateur que le maintien du contrat de travail au sein de la société-mère dépendent entièrement de celle-ci. Il y a donc tout lieu de craindre que le dirigeant de la filiale s'incline devant les conditions dictées par la société-mère, sous peine de perdre tous les avantages attachées à sa situation dans les deux sociétés contractantes. Ces éléments suffisent à rendre la convention suspecte et à rendre nécessaire l'application de la procédure de contrôle (61).

Or, comme tous les dirigeants des sociétés du groupe ont évidemment intérêt à la stabilité de leur situation, que la convention soit conclue avec une société dominante ou avec une société dominée, il en résulte que, même en l'absence de liens organiques entre les sociétés cocontractantes ou d'une unité de leurs organes de direction, la procédure de contrôle devra s'appliquer à toutes les conventions entre sociétés groupées, pourvu bien entendu qu'elles présentent un caractère inhabituel et que leurs conditions soient anormales.

Cette situation fait cependant redouter que les dirigeants intéressés ne songent à éluder l'obligation de contrôle en faisant appel à des prête-noms. En bonne logique, le législateur a donc également prévu l'hypothèse d'une interposition de personne.

ne devait pas tomber sous le coup de l'art. 40, l'administrateur associé de la SARL n'occupant dans cette dernière société aucun poste de dirigeant. La solution n'était pas différente lorsque l'administrateur possédait la majorité des actions de la société cocontractante, sans toutefois y exercer une fonction directoriale (v. Paris, 9 juin 1930, S. 1930, 2, 116 ; adde : note DALSACE, D. 1968, II, 173).

(59) En ce sens, v. ESCARRA et RAULT, t. IV, n° 1432, p. 108 ; «Les groupes et groupements de sociétés», *Ordre des Experts-comptables*, 1968, p. 120, n° 121.

= (60) BALENSI, op. cit., p. 51, n° 79 et s.

(61) Dans le même sens, v. DU PONTAVICE, art. précit.

C - L'INTERPOSITION DE PERSONNE

255. — L'opération financière est ici conclue entre la société et son dirigeant par l'entremise d'une personne interposée. Initialement combattue en faisant appel à la notion d'intérêt indirect, la fraude consistant à interposer, entre deux personnes dont les rapports contractuels sont réglementés, un tiers servant de prête-nom, était déjà sanctionnée par la loi du 4 mars 1943 dont les dispositions ont été reprises par la loi du 24 juillet 1966.

La preuve de l'interposition de personne doit nécessairement être rapportée (62) mais il suffit que cette circonstance soit établie, sans donc qu'il soit nécessaire de démontrer l'intérêt du dirigeant (63) pour que l'opération tombe sous le coup de la procédure spéciale d'autorisation. Ainsi, l'interposition de personne a été relevée dans le cas où un administrateur, directeur général adjoint avait fait consentir par sa société un prêt à un tiers qui lui avait aussitôt octroyé un prêt de même montant (64). Il semble que cette solution soit parfaitement transposable dans le cadre d'un groupe de sociétés où il est tentant pour une société-mère de donner l'ordre à une société prospère du groupe de prêter des fonds à une autre société affiliée, mais n'ayant aucun dirigeant commun avec la première société (65), cette dernière devant reverser immédiatement après le produit de l'opération à la mère.

256. — Supposons à présent que les formes prescrites par la loi n'aient pas été respectées : rien ne permet d'inférer de cette circonstance que la convention a occasionné un préjudice social. Ainsi, une convention non autorisée par le conseil d'administration peut, en définitive, s'avérer profitable à la société. D'autre part, la procédure de contrôle peut avoir été méconnue, dans sa totalité, ou seulement en partie. Aux multiples situations de la pratique, ne pouvait correspondre une sanction unique. Ainsi, le droit positif ne permet en principe de porter atteinte au contrat que dans les hypothèses d'irrégularités les plus graves et encore, seulement, s'il existe un préjudice subséquent. A ce double titre, les sanctions de la procédure de contrôle, lorsqu'elles sont dirigées contre la convention elle-même, présentent des caractères très particuliers qu'il convient de préciser maintenant.

(62) Il n'existe pas en effet en la matière de présomption d'interposition de personne similaire à celle de l'article 106.

(63) BALENSI, *op. cit.*, p. 52, n° 82.

(64) T.G.I. Seine 27 novembre 1962, D. 64, 730, note DALSACE ; JCP 1963, II, 1, 3305 note RIEG ; Rev. Sociétés 1963, 417 et 1965, 75 ; J.S. 1964, 90.

(65) La mère n'étant pas administrateur et n'ayant aucun dirigeant commun avec la société emprunteuse.

SECTION II

Sanctions de la procédure de contrôle

257. — Toute convention passée par une société anonyme avec l'un de ses dirigeants doit, lorsqu'elle présente un caractère inhabituel ou déséquilibré, faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance et d'un rapport spécial du commissaire aux comptes, présenté à l'assemblée générale des actionnaires pour approbation (66). Lorsque cette procédure n'est pas respectée, diverses sanctions sont encourues qui peuvent d'ailleurs être cumulées.

D'abord, les administrateurs et autres dirigeants en cause peuvent être révoqués et/ou voir leur responsabilité engagée à l'égard de la société. Ensuite, les commissaires aux comptes peuvent aussi être poursuivis en cas d'absence ou d'insuffisance du rapport spécial qu'ils doivent communiquer à l'assemblée (67). Enfin, et surtout, le contrat lui-même peut être annulé, ce qui ne manque pas de surprendre. L'évolution du droit des sociétés, notamment depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969, montre en effet le souci d'éliminer tout danger pesant sur la sécurité des transactions qui proviendrait d'un vice, d'un dérèglement purement interne à l'une des collectivités contractantes. Ni l'incompétence (68) ni l'abus de pouvoirs (69) ne permettent en principe de porter atteinte à un acte engageant la société vis-à-vis de tiers. Pourtant, en considération il est vrai de la personne du cocontractant, qui est en règle générale un dirigeant — mais pas toujours cependant — le législateur a permis, à certaines conditions, à la société d'invoquer la nullité des contrats non autorisés pour se dégager de ses engagements. Mais, il s'est efforcé de limiter l'exercice de cette action en la faisant obéir à des règles spécifiques. Il faudra donc examiner d'abord les cas d'ouverture de l'action en nullité, puis son régime.

(66) Art. 103 et 143, loi du 24 juillet 1966.

(67) Pour une insuffisance équivalant à une absence de rapport, v. T.G.I. Compiègne, 22 décembre 1964, JCP 1965, 2, 14279, obs. N. BERNARD, confirmé sur ce point par la Cour d'Amiens, 1^{er} décembre 1966, D. 1967, jur. 234, note GUYON ; com. 12 novembre 1969, JCP 1970, 2, 16264, note GUYON ; com. 10 juillet 1978, Veuve Labbé c/Unidel, Bull. civ., IV, n° 195, p. 164. Mais, indépendamment de la responsabilité civile des commissaires aux comptes, fondée sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966 sur l'art. 234 de cette loi, il ne fait pas de doute que l'absence de rapport, ou, hypothèse assimilée, son insuffisance, puisse entraîner la nullité de la délibération approbative de l'assemblée (en ce sens, v. les décisions précitées). En effet, l'article 103 prévoyant l'exigence d'un rapport spécial constitue incontestablement une disposition impérative de la loi de 1966 (arg : «les commissaires... présentent... un rapport spécial à l'assemblée»), le présent valant impératif), certains lui reconnaissant même un caractère d'ordre public «compte tenu de l'importance que la réforme attache à l'information des actionnaires et au contrôle censorial» (GUYON, note sous com. 12 novembre 1969, JCP 1970, I, 16264).

— (68) V. *supra*, n° 189 et s.

(69) V. *infra*, n° 318 et s.

§ 1 — Cas d'ouverture de l'action en nullité

258. — Le législateur ne prévoit la nullité de la convention que dans deux hypothèses précises : lorsque le conseil n'a pas autorisé la convention (article 105) ou lorsque la procédure de contrôle a été entachée de fraude (article 104-1^o). En revanche, un refus d'approbation de l'assemblée, voire sa nullité ou encore le défaut pur et simple de consultation de l'assemblée n'ont aucune incidence sur la validité des conventions autorisées. La décision de l'assemblée est donc indifférente à cet égard (A). Seules ouvrent l'action en nullité les hypothèses de défaut d'autorisation (B) et de fraude (C).

A - INDIFFÉRENCE DE LA DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE

259. — Théoriquement éclairée (70) sur les modalités essentielles des conventions passées avec des intéressés grâce au rapport spécial des commissaires aux comptes, il revient à l'assemblée générale d'approuver ou de désapprouver lesdites conventions. Mais, que l'assemblée les approuve ou non, sa décision ne peut avoir aucune incidence sur la validité des conventions. Le législateur reconnaît en effet au conseil d'administration ou de surveillance le pouvoir exclusif d'autoriser la convention. L'approbation de la convention par l'assemblée, même si elle permet de couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation du conseil (71), n'est pas une condition de validité des contrats réglementés.

A ce titre, ni l'absence totale de consultation de l'assemblée, ni la nullité de celle-ci, ni sa désapprobation ne peuvent entraîner la nullité de la convention. Cependant, cette solution ne s'est pas imposée sans peine en jurisprudence. Certaines décisions ont en effet jugé, dans le cas de défaut de soumission de la convention à l'assemblée, que la convention, même autorisée par les membres du conseil d'administration, devait être déclarée nulle et de nul effet (72).

(70) Dans la pratique, on a souvent constaté que le rapport spécial se révélait d'un laconisme regrettable et n'était pas susceptible de remplir sa fonction d'information de l'assemblée générale. Juridiquement, cette carence peut être sanctionnée par la récusation du commissaire par les minoritaires (art. 225, loi de 1966), par la faculté d'engager sa responsabilité (art. 234, loi de 1966) et parée par la nomination d'un expert de la minorité (art. 226).

(71) A condition que le vote de l'assemblée intervienne sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (article 105, 3^o et 147, 3^o, loi du 24 juillet 1966).

(72) Rouen, 26 novembre 1959, G.P. 1960, I, 144 (en l'espèce, l'assentiment des membres du conseil d'administration avait, en outre, été recueilli isolément). Paris, 24 octobre 1960, D. 1961, 97, note DALSACE ; Montpellier, 28 novembre 1963, D. 1964, 483, note MAZEAUD ; JCP 1964, 13596, note N. BERNARD.

260. — Cette attitude, peu logique, puisqu'elle attachait une sanction plus rigoureuse au défaut de délibération qu'à une désapprobation expresse de l'assemblée, devait être abandonnée par la suite. Par deux arrêts de cassation en date du 17 octobre 1967 (73), la chambre commerciale admit en effet que le défaut de délibération de l'assemblée générale, pas plus que sa désapprobation formellement exprimée ne pouvaient entraîner la nullité de la convention. Ses motifs peuvent être reproduits pour leur netteté : « attendu, affirme la Cour, que si l'article 40 prescrit que les conventions, après autorisation du Conseil d'administration, entre une société et l'un de ses administrateurs soient soumises à l'assemblée générale des actionnaires, qui statue sur le rapport spécial présenté par les commissaires aux comptes, le texte susvisé ne fait pas de la délibération de l'assemblée une condition de validité des conventions et ne prévoit pas la nullité comme sanction de l'inobservation de cette formalité ; qu'après avoir disposé que les conventions approuvées ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude, il précise, dans son alinéa 4, que les conventions désapprouvées par l'assemblée « n'en produisent pas moins leurs effets », la seule sanction consistant, en cas de fraude, dans la responsabilité de l'administrateur intéressé et, éventuellement, du Conseil d'administration ; qu'une absence de délibération des actionnaires ne pouvant entraîner, quant à la validité des conventions régulièrement autorisées par le Conseil d'administration, des conséquences plus graves qu'une désapprobation formellement exprimée, il suit de là que l'omission de faire statuer l'assemblée n'a pas pour effet de rendre nulles, en l'absence de fraude, lesdites conventions ».

Dans les hypothèses de défaut de délibération comme du reste de nullité de l'assemblée, la convention est simplement « ravalée au rang de convention désapprouvée, ce qui permet, même en l'absence de fraude, de mettre ses conséquences préjudiciables à la charge de l'administrateur intéressé » (74).

261. — Cette solution, qui s'est imposée sous l'empire de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 reste évidemment valable dans le nouveau régime institué par la loi de 1966 qui reprend les mêmes dispositions en ses articles 104 et 146. La neutralité de la décision de l'assemblée en ce qui concerne la validité des conventions soumises au contrôle est tout à fait justifiée. La sécurité des transactions l'impose en effet. Si, une fois autorisée, la convention qui, par hypothèse, a déjà produit des effets, voire se trouve entièrement exécutée, pouvait être annulée par suite de la désapprobation de l'assemblée, un risque trop grand planerait sur la stabilité du lien contractuel. Il faut protéger la société cocontractante, qui n'est, du reste, pas nécessairement intéressée directement au contrat, et les tiers contre une remise en cause purement interne de l'autorisation donnée par le conseil.

(73) Com. 17 octobre 1967, 2 arrêts, Bull. civ., III, 313, n° 328 et 329 ; JCP 1968, II, 5412, note N. BERNARD ; RTDco 1968, 90, obs. HOUIN.

(74) GUYON, note précitée sous com. 12 novembre 1969.

B - LE DÉFAUT D'AUTORISATION DU CONSEIL

262. — Le pouvoir de conclure toute convention au nom de la société avec l'un de ses dirigeants lorsque celle-ci dépasse la gestion courante ou est accompagnée de conditions inhabituelles ne relève plus de la compétence générale conférée par l'article 113 de la loi du 24 juillet 1966 au président du Conseil d'administration. Le Conseil d'administration ou de surveillance (75), saisi par le dirigeant intéressé, ou d'office, ou encore par l'un de ses membres autres que l'intéressé, doit autoriser le projet de convention. L'autorisation doit être spéciale, une permission générale donnée pour une durée indéfinie équivalant à une absence d'autorisation. Elle doit aussi être précise et circonstanciée, c'est-à-dire viser complètement l'objet de la convention ainsi que ses conditions particulières de montant, d'intérêt, de remboursement et de garanties. Une autorisation qui ne serait pas donnée en connaissance de cause pourrait également être considérée comme inexistante, ce qui entraînerait l'annulabilité du contrat.

263. — La nullité n'est en effet pas fondée sur la violation d'une simple règle de forme. La Cour de Cassation, dans une affaire qui concernait précisément des financements inter-groupe, l'a très clairement admis (76). En l'espèce, un actionnaire minoritaire critiquait l'avance de trésorerie faite par la société à une filiale aux motifs notamment que l'opération n'avait fait l'objet d'aucune autorisation préalable. En effet, le Conseil d'administration de la société-mère prêteuse n'avait autorisé la convention qu'un an plus tard, à l'occasion de la conversion de l'avance en prêt. L'actionnaire fut cependant débouté d'abord par la Cour de Riom puis par la Cour de Cassation pour les motifs que « l'intérêt de cette opération était incontestable puisqu'elle permettait à la société d'aider financièrement cette entreprise filiale qui, par son objet, était à même de lui apporter une clientèle importante » et, que « le risque pris par la société était relativement minime et peut-être considéré comme constituant pour elle un risque commercial classique en faveur d'une société dont l'activité lui était utile ».

La nullité n'a donc aucun caractère d'automatisme. Elle est facultative pour le juge qui aura à apprécier si l'opération entraîne un véritable préjudice pour la société. Sans doute examinera-t-on, en premier lieu, l'équivalence de la contreprestation et le caractère équilibré ou lésionnaire de la convention considérée isolément (77).

(75) Cette autorisation doit être le fait du Conseil d'administration en son entier. Ainsi, la condition légale ne serait pas satisfaite si l'avis favorable de chacun des membres du Conseil avait été recueilli isolément. D'abord, « c'est collectivement que les administrateurs exercent les fonctions attribuées par la loi au Conseil » (MERCADAL et JANIN, *mémento pratique des soc. com.*, F. Lefebvre, 1981-1982, n° 1320). Ensuite, seule une délibération collective est de nature à rendre efficace la procédure organisée par le législateur (Rouen, 24 nov. 1969, précité ; Paris, 18 mars 1959, G.P. 1959, II, 7 concl. av. gén. LAMBERT ; 13 juin 1964, D. 1965, 398.

(76) Com. 12 novembre 1973, Bull. civ., IV, 287, n° 322 ; Bull. Joly, 1974, p. 543, n° 292.

(77) Cf. BALENSI, *op. cit.*, p. 119 et s., n° 166 et s.

Mais, la jurisprudence montre que toute contrepartie extérieure au contrat peut, lorsqu'elle existe, également être considérée (78). Il n'y a pas lieu d'annuler la convention non autorisée si celle-ci répond en définitive, au moins indirectement, à l'intérêt bien compris de la société dont le Conseil d'administration n'a pas été consulté. Mais cette condition n'est-elle pas commune avec le second cas de nullité prévu par le législateur, celui fondé sur la fraude ?

C - LA FRAUDE

264. — La convention peut avoir été autorisée par le Conseil et approuvée par l'assemblée. Elle devra néanmoins être annulée si la procédure légale a été entachée de fraude. Mais l'article 104-1° qui prévoit formellement l'hypothèse de fraude, bien que, semble-t-il, l'application de la règle *fraus omnia corrumpit* eût suffi, ne donne aucune précision ni sur la nature de la fraude envisagée par le législateur ni sur les étapes de la procédure que la fraude est susceptible d'affecter. Aussi la doctrine connaît-elle diverses conceptions de la fraude.

D'éminents auteurs (79) estiment que la fraude, au sens de l'article 104, peut infecter aussi bien la conclusion du contrat litigieux que la procédure d'autorisation et d'approbation. Pourtant, il semble que cette conception trop large de la fraude doive être écartée. D'une part, on peut se demander pourquoi la fraude prévue à l'article 104 concernerait celle commise dans la conclusion des conventions réglementées. L'application des principes généraux du droit des obligations, et en particulier de la théorie du dol, ne suffisent-ils pas pour parvenir à ce résultat, sans qu'il soit besoin d'un texte spécial (80) ? D'autre part, la fraude ne peut pas non plus s'entendre de celle destinée à surprendre le consentement de l'assemblée, notamment par une dissimulation de l'opération ou une falsification de ses conditions. La sanction d'une telle fraude ne pourrait en effet consister, outre la responsabilité de ses auteurs, que dans la nullité de la délibération de l'assemblée, mais non dans celle de la convention. Or, la nullité de la délibération d'approbation ne saurait rejaillir sur la convention (81).

265. — Dans ces conditions, l'unique fraude qui puisse être prise en considération est celle viciant les décisions des organes compétents pour autoriser les conventions, c'est-à-dire les conseils d'administration et de surveillance. Comme l'a remarqué M. BALENSI (82), « cette opinion est

(78) V. en particulier, com. 12 novembre 1973, précité.

(79) HEMARD, TERRE, MABILAT, *op. cit.*, p. 920, n° 1041.

(80) En ce sens, BALENSI, *op. cit.*, p. 169, n° 230.

(81) Pas plus qu'une désapprobation expresse de l'assemblée, nous l'avons déjà observé. En ce sens, v. GUYON, note précitée sous com. 12 novembre 1969.

(82) BALENSI, *op. et loc. cit.*

d'ailleurs confirmée par le fait que l'article 50, relatif aux SARL, ne réserve nullement le cas de fraude après avoir indiqué que les conventions non approuvées produisent néanmoins leur effet ».

Allant plus loin dans le raisonnement, on s'intéressera à la victime et à la définition de la fraude visées par l'article 104. De prime abord, deux hypothèses peuvent être envisagées : soit, le Conseil a été lui-même trompé par l'un ou plusieurs de ses membres sur l'objet de l'autorisation qu'il a donné, soit cet organe, ou plus exactement, la majorité des administrateurs, a entendu tromper les actionnaires. Mais on peut estimer que dans le premier cas qui vient d'être exposé, la situation ne diffère guère de celle où le Conseil se serait prononcé en ignorance de cause. Victime des manœuvres de l'un de ses membres, cet organe a donné une autorisation pour l'accomplissement d'une autre opération que celle qui est réellement projetée.

Son autorisation doit donc être tenue pour inopérante. Or, le défaut d'autorisation du Conseil peut entraîner la nullité de la convention (83). Sans doute pourrait-on objecter que les hypothèses de fraude — de l'administrateur envers ses collègues — et de défaut d'autorisation ne doivent pas être confondues, la première cause de nullité n'exigeant pas un préjudice social effectif à la différence de la deuxième. Mais, à l'encontre de cette opinion, on peut se demander quel serait l'intérêt à agir du demandeur si la fraude n'avait entraîné aucun préjudice et si, par conséquent, elle s'était avérée inefficace (84).

En réalité, l'hypothèse, spécifiquement prévue à l'article 104-1^o, paraît être celle où la majorité des administrateurs, loin de voir leur consentement extorqué par un autre de leurs collègues, a entendu tromper le reste des actionnaires dans l'unique but de s'octroyer un avantage personnel aux dépens de l'intérêt collectif (85).

Il y a là une étrange similitude avec la définition de l'abus de majorité (86). Mais la chose ne doit pas surprendre : pourquoi le Conseil userait-il de manœuvres si ce n'est pour obtenir un avantage assuré par le contrat, à l'extérieur de la société, en acceptant délibérément de faire supporter tous les inconvénients du contrat aux actionnaires ?

266. — Toutefois, par application du droit commun de la fraude, la nullité ne pourra être prononcée que si la société cocontractante a partagé la fraude et s'en est faite la complice. Mais cette condition se trouvera assez fréquemment remplie dans les groupes, tout au moins si la personne des

(83) Article 105-1^o.

(84) En ce sens, v. com. 12 novembre 1973, Bull. civ., IV, 288.

(85) Par exemple en prêtant les fonds sociaux dans l'unique but de retarder une liquidation des biens inéluctable de la société emprunteuse dont les dirigeants sociaux étaient également administrateurs.

(86) V. infra, n^o 305.

administrateurs, auteurs des manœuvres frauduleuses, coïncide avec celle de la société cocontractante ou de ses dirigeants de droit. La preuve de la collusion frauduleuse pourra en revanche susciter certaines difficultés lorsque les responsables de la fraude auront certains intérêts indirects indépendants de fonctions régulièrement exercées au sein de la société cocontractante. Il semble que la complicité de celle-ci ne puisse alors se déduire que de la démonstration préalable de la qualité de dirigeant de fait de la société contractante des auteurs de la fraude. En effet, l'existence d'un intérêt est insuffisante ; l'intéressé doit apparaître comme le véritable dirigeant, même seulement en fait, de la société bénéficiaire du crédit.

§ 2 — Régime de la nullité pour défaut d'autorisation

267. — La nullité prévue aux articles 105 et 147 est, de l'avis général, destinée à protéger la société et ses actionnaires (87). Elle se prescrit par trois ans et peut être couverte par un vote de l'assemblée générale. La simplicité apparente de ces propositions recèle cependant de graves difficultés, les unes relatives aux personnes habilitées à agir en nullité, les autres aux obstacles à l'exercice de cette action.

A - LES DEMANDEURS A L'ACTION EN NULLITÉ

268. — S'agissant d'une nullité édictée en protection des intérêts sociaux, la société est incontestablement recevable à agir, par l'entremise de ses représentants légaux. Il existe une autre certitude : les créanciers n'ont en revanche aucun droit pour intenter l'action — sauf, bien entendu, par la voie oblique. En particulier, la société cocontractante ne peut en aucun cas arguer du défaut d'autorisation préalable car, ainsi que le remarque justement M. HOUIN (88), « ce n'est évidemment pas dans son intérêt que l'intervention du Conseil d'administration a été requise ».

En revanche, le point de savoir si les actionnaires peuvent, individuellement, agir en nullité est extrêmement délicat. Sans doute, statuant sous l'empire de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, certaines décisions (89) ont-elles admis la recevabilité de l'action individuelle des actionnaires. Mais, leur motivation déjà contestable sous l'empire des anciens textes, perd toute pertinence depuis l'entrée en rigueur de la loi du 24 juillet 1966. Selon la Cour

(87) V. not. HEMARD, TERRE, MABILAT, t. 1, n° 1011 et s. ; BASTIAN, *juriscl. soc.*, fasc. 130-5, n° 96 ; com. 24 février 1976, JCP 1976, II, 18506, note LUCAS de LEYSSAC ; *Rev. soc.* 1977, 88, note CHARTIER.

(88) HOUIN, obs. sous com. 23 mai 1967, RTDco 1967, 1087.

(89) V. Paris, 26 mars 1966, RTDco 1966, 349, obs. HOUIN ; Amiens, 1^{er} décembre 1966, D. 1967, 234, note DALSACE.

d'Appel d'Amiens (90), tout actionnaire « a qualité pour agir puisque s'agissant d'une action en nullité d'opérations sociales prétendument accomplies en violation des règles égales, il a... un droit intangible à l'observation de la loi et des statuts ».

269. — Cette solution, approuvée par certains (91), paraît irréfutable : elle repose sur la mise en œuvre d'un **droit propre** de l'actionnaire qui, attaché à sa qualité, n'est jamais entré dans le groupement sociétaire. L'actionnaire réclamerait la réparation d'un préjudice qui lui est purement personnel et son action n'intéresserait, par conséquent, qu'une prétention particulière, étrangère à la collectivité des actionnaires.

Mais, précisément le défaut d'autorisation du Conseil peut-il entraîner un préjudice purement particulier d'un actionnaire ? La violation de la procédure légale impérative lèse-t-elle un de ces droits propres (92) que l'actionnaire tire du contrat de souscription ? Force est de convenir qu'il ne peut en être ainsi : le vice de forme, le défaut d'autorisation préalable du Conseil, et l'existence d'un préjudice social heurtent non les intérêts particuliers du seul demandeur (93) mais ceux de tous les actionnaires. Dès lors, l'action qui pourrait être intentée pour la sanctionner concerne bien évidemment la collectivité dont fait partie l'actionnaire et non pas ce dernier seul. Par son objet, l'action est sociale (94).

270. — Cette analyse s'impose d'autant plus sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966. En effet, la violation des formalités instituées par cette loi n'entraîne plus, à elle seule, la nullité du contrat. On sait que l'article 105 n'autorise l'action en nullité fondée sur le défaut d'autorisation que si l'opération non autorisée a entraîné un préjudice **social**. Le législateur, par là-même, montre clairement qu'aucune lésion des intérêts particuliers des actionnaires, susceptible de leur ouvrir un droit propre à agir en nullité, ne saurait être envisagée. La convention non autorisée n'est annulable, sur ce fondement, que si elle a entraîné une lésion de l'intérêt collectif.

L'action en nullité, puisqu'elle prétend réparer une irrégularité et un préjudice affectant l'ensemble des actionnaires, n'appartient donc qu'à la société. D'ailleurs, s'il en était autrement, on ne concevrait pas que la loi ait donné à l'assemblée générale la faculté de couvrir la nullité. Comme le note avec raison M. SCHMIDT (95), l'action particulière, fondée sur la mise en

(90) Amiens, 1^{er} décembre 1966, précit. Cet arrêt a été cassé par la Chambre commerciale, 12 novembre 1969 (JCP 1970, 2, 16264, note GUYON) mais sur un autre terrain.

(91) DALSACE, note précitée.

(92) V. en particulier sur ce point, D. SCHMIDT, op. cit., n° 53 et n° 266.

(93) Il en serait par exemple ainsi si un administrateur refusait indûment de verser à un actionnaire donné un dividende pourtant voté par l'assemblée (Req. 5 juillet 1933, S. 1935, I, 89, 1^{re} esp., note ROUSSEAU).

(94) En ce sens, BASTIAN, juriscl. soc., 130-5, n° 81.

(95) SCHMIDT, op. cit., n° 264, dernière note et réf. cit.

œuvre d'un droit propre « n'appartient ainsi qu'à l'actionnaire victime, ne profite qu'à lui et ne répare qu'un préjudice personnel. **La société ne peut en disposer ni en entraver l'exercice**, la liquidation des biens ou le règlement judiciaire de la société n'arrêtent pas l'action... ».

Or, justement, la loi permet à l'assemblée de couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation, ce qui fait obstacle à toute demande ultérieure en nullité de ce chef. Mais, si l'action en nullité est « comprise dans le groupement » (96) et n'a rien d'une action particulière, destinée à sauvegarder les droits propres de l'actionnaire, celui-ci peut-il encore exercer une action individuelle en nullité au nom du groupement (97) ?

271. — A-t-il qualité pour agir en nullité au nom de la société contre le tiers cocontractant, c'est-à-dire l'administrateur ou la société dans laquelle celui-ci serait intéressé ? D'emblée, la réponse paraît négative : les administrateurs, lorsqu'ils contractent avec la société et à plus forte raison la société cocontractante qu'ils dirigent également ou, plus généralement, par l'entremise de laquelle ils trouvent un intérêt indirect à la convention, doivent être considérés comme des tiers par rapport à la société au sein de laquelle la procédure de contrôle a été méconnue. Or, seuls les organes légaux de cette dernière, et en aucun cas ses actionnaires, ont qualité pour la représenter face aux tiers. Seuls, par conséquent, ses représentants régulièrement investis par l'assemblée doivent pouvoir intenter l'action en nullité de la convention. Le principe de l'exclusivité du pouvoir de représentation, dont on a souligné l'incidence délétère dans les rapports de groupe (98), devrait donc interdire toute action sociale en nullité, exercée individuellement par un actionnaire.

272. — On a pourtant soutenu que « l'action appartenait à la fois à l'actionnaire et à la société » (99). Mais faut-il vraiment s'en étonner ? Il ne le semble pas, au moins dans l'une des hypothèses envisagées par l'article 101, celle où l'administrateur est personnellement le cocontractant de la société (100). En pareil cas, l'action en nullité peut en effet s'analyser (101) en une action en responsabilité, purement interne à la société, destinée à sanctionner la faute de l'administrateur et à réparer le préjudice social

(96) SCHMIDT, op. cit., n° 266.

(97) La question a été posée par M. HOUIN, obs. sous com. 23 mai 1967, RTDco 1967.

(98) V. supra, n° 154.

(99) SCHMIDT, op. cit., n° 276.

(100) En revanche, on ne voit pas comment reconnaître à l'actionnaire le droit d'exercer l'action de la société en nullité contre une société cocontractante qui ne dirigerait ni organiquement, ni même en fait, la personne morale au sein de laquelle la procédure d'autorisation n'a pas été respectée.

(101) Sur cette assimilation, v. SCHMIDT, op. et loc. cit.

subséquent (102). Mais, il faudrait alors aussi supposer que la possibilité d'un exercice ut singuli de l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, prévue à l'article 245 de la loi du 24 juillet 1966, puisse être étendue à une action en nullité ou, du moins, que le texte légal ne s'oppose pas à pareille extension.

Or, si certains auteurs l'admettent (103) toutes les fois que l'action en nullité a pour objet de sauvegarder les intérêts de la collectivité des associés tout entière, un arrêt de la Cour de Cassation en date du 16 octobre 1972 (104) l'a écarté sans équivoque. En l'espèce, les actionnaires tentaient d'obtenir la nullité de la résiliation du bail consenti par la société à une autre dans laquelle ils étaient aussi associés. La Chambre commerciale cassa la décision des juges d'appel en déclarant leur action irrecevable. Ses motifs peuvent être rapportés « attendu, déclare la Cour de Cassation, qu'en statuant ainsi, alors que les textes susvisés (les articles 17 et 39 de la loi du 24 juillet 1867) autorisent seulement les actionnaires à exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat **aux fins d'obtenir réparation de leur propre préjudice**, mais ne leur permettent pas d'agir à ce titre pour faire prononcer la nullité d'un acte social passé par les organes d'administration de la société, la Cour d'Appel a violé... ».

Peut-être la solution se justifiait-elle en son principe : indéniablement, il y avait quelque artifice à qualifier l'action de sociale lorsque, comme en l'espèce, la demande en nullité poursuivait une fin particulière à certains actionnaires (le maintien du bail au profit de la société cocontractante dans laquelle ils étaient associés) et non une fin sociale. Tous les actionnaires de la société au nom de qui la résiliation du bail avait été décidée n'étaient pas intéressés par l'anéantissement de cet acte de gestion.

273. — Cependant, le raisonnement suivi par la Cour Suprême ne pourrait plus être tenu aujourd'hui. Il aboutirait en effet à méconnaître la véritable nature et le régime propre de l'action sociale ut singuli. Cette action ne tend pas à réparer un préjudice particulier de l'actionnaire, ce qui serait conforme à la signification originariaire de l'expression (105), ou

(102) Encore que l'étroitesse du lien de causalité entre cette faute et ce préjudice ne soit nullement évidente, le dommage provenant directement du caractère déséquilibré de la convention et seulement indirectement de ce que le Conseil n'a pas été mis en mesure d'empêcher la réalisation d'une opération lésionnaire.

(103) BASTIAN, note sous civ. 28 juin 1943, JCP 1944, II, 2516 ; D. SCHMIDT, op. cit., n° 263. HOVASSE, op. cit., p. 89, n° 89 et s. ; contra H. ROUSSEAU, note S. 1935, I, 89.

(104) Com. 16 octobre 1972, Bull. civ. IV, n° 251, p. 237 ; JCP 1973, II, 17532, note N. BERNARD.

(105) Comme le note à juste titre le Professeur A. ALAPHILIPPE (note sous civ. 13 février 1979, D. 1981, 205) : « La conjonction ut est normalement destinée à introduire la qualité en laquelle on agit : l'action ut singuli serait aussi celle qui appartiendrait en propre à tous les membres d'un groupement pour servir leurs intérêts individuels. Et si c'est bien dans ce sens que ces termes furent autrefois employés... une transposition assez singulière a fait qu'on en est venu assez vite à utiliser l'expression paradoxale d'action sociale ut singuli pour désigner l'action exercée contre un dirigeant par un associé faisant état d'un trouble causé à la personne morale ».

encore la «fraction individuelle» du préjudice social. Elle a pour objet «la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués» (106). Pour autant, il reste très fortement douteux qu'il soit loisible d'étendre le domaine de l'action ut singuli aux demandes formées, dans l'intérêt de tous, par un associé en vue de voir prononcer la nullité d'une décision de l'organe de gestion (107). Certes, puisque ce que le législateur entend assurer est la réparation du préjudice social et le rétablissement de l'ordre collectif en cas de défaillance ou de mauvaise volonté des organes sociaux, il pourrait être soutenu que le procédé technique par lequel ce préjudice social pourrait être le plus adéquatement réparé, importerait peu : responsabilité des administrateurs, auteurs de l'irrégularité ou nullité de la décision de gestion illicite. Mais, une telle opinion présuppose que les possibilités d'exercice ut singuli de l'action sociale instituées par la loi, loin d'être exceptionnelles, sont des expressions particulières d'un principe général et pourraient dès lors être largement interprétées : l'associé, dans l'ordre interne, disposerait, en tant qu'il agit pour le compte de la société, de toutes les actions de celle-ci, au même titre que ses représentants légaux. Cette conception de l'action ut singuli n'est cependant pas partagée par la première Chambre Civile de la Cour de Cassation (108) qui a décidé d'une façon très générale, que, sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci. Or, s'il existe des dérogations formellement prévues par le législateur en ce qui concerne les actions en responsabilité contre les dirigeants de certaines sociétés, il n'existe en revanche aucune exception s'agissant d'actions en nullité, qu'elles soient dirigées à l'encontre de décisions prises par les organes de gestion ou, a fortiori, dans l'ordre externe, contre des conventions conclues par la société avec des tiers, dirigeants ou non.

De fait, aucune disposition de la loi n'investit, en termes exprès, l'associé ou l'actionnaire du droit de poursuivre individuellement la nullité d'une convention annulable sur le fondement de l'article 105 de la loi de 1966. Aucun texte particulier ne restreint le monopole de la représentation sociale que la loi a confié aux dirigeants sociaux.

Cette impuissance des associés pourra, à nouveau, être regrettée ; leur seul recours contre la passivité des dirigeants est en effet d'engager leur responsabilité mais ne leur permet pas en droit de poursuivre la nullité du contrat.

(106) Art. 52 et 245, loi du 24 juillet 1966. Aux administrateurs, l'art. 249 de la même loi assimile les membres du directoire. On soulignera que l'art. 38 du décret 78.704 du 3.07.1978 qui prévoit, à l'instar des art. 46 et 200 du décret du 23.03.1967, la mise en cause de la société dans le cas d'une action sociale intentée au sein d'une société civile par un ou plusieurs associés, laisse supposer que le législateur reconnaît l'action ut singuli dans ce type de sociétés.

(107) Étant ajouté qu'en pareil cas, l'argument tiré d'un abus de majorité, lequel suppose une décision prise collectivement, est irrelevante.

(108) Civ. 13.02.1979, D. 1981, 205, note ALAPHILIPPE ; 30.01.1980, D. 1981, I.R., 34, obs. BOUSQUET ; RTDco, 1981, 91, obs. ALFANDARI et JEANTIN.

B - LES OBSTACLES A L'EXERCICE DE L'ACTION

274. — Le législateur introduit deux obstacles à l'action : d'une part, il enferme son exercice dans le bref délai de trois ans ; d'autre part, il permet à la majorité en assemblée de supprimer toute possibilité de l'intenter en « couvrant » la nullité.

1 - Aux termes des articles 105-2° et 147-2° de la loi du 24 juillet 1966, l'action se prescrit par trois ans à compter du jour de la conclusion de la convention, sauf lorsque la convention a été dissimulée, en quel cas le point de départ du délai est reporté au jour où elle a été révélée.

275. — a) Une première difficulté se pose de savoir si le délai prévu par les textes ci-dessus est un véritable délai de prescription ou un délai préfix. On sait les intérêts qui s'attachent à cette distinction traditionnelle. La qualification de délai préfix aboutit à une consolidation plus rapide de l'acte illicite que celle de délai de prescription : elle exclut en principe l'interruption et la suspension de la prescription et fait échec à la règle de la perpétuité de l'exception de nullité, exprimée par l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (109).

Sans doute, y a-t-il un argument en faveur de la thèse d'un délai préfix : le raccourcissement du délai de prescription réalisé par le législateur de 1966. Mais, en sens contraire, on peut relever les propres termes du législateur : « l'action en nullité se **prescrit** par trois ans... ». Un auteur (110) n'est guère convaincu par cet argument de texte qui écrit que « la confusion qui caractérise la matière a pour conséquence une grande imprécision de vocabulaire, à moins qu'elle en soit née ». Cependant, comme on l'a également remarqué, « puisqu'on se préoccupe de ce que le législateur dit, on ne peut négliger le fait qu'il a employé... le terme de prescription » (111). Et la jurisprudence n'est pas restée insensible à cet argument de texte ; ainsi la Chambre commerciale, par arrêt du 24 février 1976 (112) a-t-elle décidé « qu'il résulte **des termes mêmes** de ces dispositions de l'article 105-2° que le délai imparti à la société et à ses actionnaires... pour exercer leur action est un délai de prescription » (113).

(109) Sur ces points, v. en particulier VASSEUR, « délai préfix, délai de prescription et délai de procédure », RTD civ., 1950, p. 439 ; WEILL et TERRE, « les obligations », Dalloz, n° 1093 et réf. cit.

(110) LUCAS de LEYSSAC ; note sous Aix le 10 avril 1974, JCP 1976, II, 18274.

(111) HEMARD, TERRE, MABILAT, op. cit., t. III, n° 702.

(112) Com. 24 février 1974, JCP 1976, II, 18506 (2^e arrêt), note LUCAS DE LEYSSAC ; Rev. soc., 1977, p. 88 (1^{er} arrêt), note CHARTIER.

(113) Dès lors, comme l'a aussi décidé la Cour de Cassation (com. 10 juillet 1978, Rev. Soc. 1979, 848, note BALENSI) la maxime « *quae temporalia* » doit s'appliquer à l'exception de nullité sauf exécution de la convention annulable « avec l'intervention de l'organe social seul capable de confirmer cette nullité ». Dans ce dernier cas, en effet, la société qui entend se soustraire à l'exécution qui lui est demandée, a valablement exécuté, donc renoncé à invoquer l'exécution de

On ne peut qu'approuver cette solution. D'abord, l'analyse exégétique n'est pas dénuée de valeur en la matière puisque, ainsi que le relève M. CHARTIER (114), « à y regarder de plus près, il est cependant exceptionnel qu'un délai préfix ait été qualifié de prescription par le législateur, ... la plupart du temps, le délai préfix n'apparaît que dans les cas où le texte ne comporte pas le terme "prescription" ». Et dans ceux, peut-on ajouter, où le législateur utilise certains termes — péremption, irrecevabilité, déchéance ou obligation d'agir dans le court délai imparti — qui traduisent sans équivoque son intention d'édicter un délai préfix (115). D'autre part, si cette analyse reste encore trop fragile aux yeux de certains, on peut la compléter par la recherche de la finalité de l'article 105. Ce texte vise exclusivement à protéger les intérêts de la collectivité des actionnaires contre la faute d'un ou plusieurs administrateurs, d'où résulte un préjudice social. Or, à la différence d'un délai préfix qui vise à « inclure dans un délai fatal l'exercice d'un droit ou d'une faculté, par une mesure de police juridique étrangère à toute considération de preuve ou de présomption » (116), le fondement d'une prescription est la sanction de la négligence des intéressés ou le constat de leur confirmation tacite (117). C'est donc bien un délai de prescription qu'institue l'article 105 : l'inaction des personnes protégées, c'est-à-dire les actionnaires, pendant le délai triennal, fait présumer qu'ils ne s'estiment aucunement lésés par la convention non autorisée qui se trouve, dès lors, tacitement ratifiée (118).

276. — *b)* Cette interprétation soulève néanmoins une deuxième difficulté. Si l'on admet l'idée d'une ratification tacite des actionnaires, il faut logiquement aussi admettre que la présomption ne commence à courir que le jour où ceux-ci sont en mesure de contester la convention. En d'autres termes, son point de départ devrait être le jour auquel les actionnaires ont été informés de l'existence et des modalités de la convention en cause.

Or, suivant les dispositions des articles 105 et 147, le point de départ est en principe antérieur : c'est la date de la conclusion de la convention. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, lorsque la convention a été dissimulée, que le point de départ de la prescription est retardé au jour de sa révélation (119).

nullité. Tel sera par exemple le cas, s'agissant d'une convention de prêt lorsque celle-ci a fait l'objet d'une revalorisation portée dans les bilans approuvés par les assemblées générales annuelles et que les intérêts ont été régulièrement payés : Com. 14.03.1979, Rev. soc. 1980, 304, note BALENSI ; v. égal. AIX 10.04.1974, JCP, 1976, II, 18274, note LUCAS DE LEYSSAC.

(114) CHARTIER, note sous com. 24 février 1976, 2 arrêts, Rev. soc. 1977, p. 88 et les exemples cités par l'auteur.

(115) P. VOIRIN, note sous T. civ. Senlis 26 juin 1946, D. 1948, p. 76.

(116) DE GAUDIN DE LAGRANGE et RADOUANT, rep. civ. Dalloz, v. prescription civile, n° 602.

(117) VASSEUR, art. précit., RTD civ. 1950, 439.

(118) En ce sens, JEANTIN, note sous com. 13 décembre 1976, D. 1977, jurispr., 375.

(119) Comp. art. 367, loi 24.07.1966 qui ne prévoit pas le cas où le vice entachant l'acte où la délibération est dissimulé et fait partir la prescription du jour où la nullité est encourue.

Mais, la Cour de Cassation ne s'est pas laissé arrêter par cette objection. Elle a jugé, dans une espèce (120) où, à proprement parler, l'existence de la convention n'avait pas été dissimulée aux actionnaires (121), que la prescription ne commence à courir qu'à partir du jour de la révélation à l'assemblée de la convention non autorisée dans toutes ses dispositions. Cette solution a été critiquée comme contrevenant au texte de la loi en dissolvant la règle dans l'exception (122). On peut ajouter qu'elle aboutit à la quasi imprescriptibilité des conventions non soumises à l'assemblée (123).

277. — Malgré tout, la position de la Cour de Cassation semble pouvoir être approuvée. C'est que la solution de principe énoncée par la loi — le point de départ de la prescription fixé à la date de la conclusion du contrat — est difficilement défendable. Elle ouvre en effet la voie à certains abus lorsque le Conseil d'administration n'a pas été saisi du projet de convention et que les commissaires aux comptes ont été tenus dans une totale ignorance à ce sujet. Dans de telles conditions, si le contrat est passé entre la société et le président de son Conseil d'administration, seule hypothèse de véritable contrat avec soi-même, ce dernier n'est-il pas libre de reporter à sa guise le point de départ du délai triennal en fixant arbitrairement la date de la convention ? Ne doit-on pas redouter le même abus par collusion entre l'administrateur intéressé et le président du Conseil d'administration lorsque la convention est passée entre la société et un administrateur ou encore une autre société dans laquelle l'administrateur serait intéressé ?

278. — Certes, la fraude ne se présume pas. Mais, n'y a-t-il pas tout lieu de craindre qu'une convention non autorisée ne soit pas normalement soumise à l'assemblée générale immédiatement subséquente ? Quel intérêt y aurait-il, sauf dans des cas très particuliers (124) à ne pas faire siéger

(120) Com. 24 février 1976, JCP 1976, II, 18506, 1^{er} arrêt ; rev. soc. 1977, 88, 2^e arrêt.

(121) En l'espèce, le rapport spécial signalait l'existence de la convention litigieuse aux actionnaires mais « ne relatait ni le nom du bénéficiaire..., ni les avantages consentis, ni le vice la privant de l'autorisation préalable du Conseil ». La dissimulation de l'art. 105 n'est donc, selon la Cour de Cassation, même pas une absence totale de révélation à l'assemblée mais une révélation insuffisante. Ce n'est que lorsque les actionnaires disposeront de tous les éléments nécessaires pour apprécier la convention que commencera à jouer contre eux la prescription.

(122) V. MM. LUCAS DE LEYSSAC et CHARTIER, note précitée sous com. 24 février 1976.

(123) Rappr. Montpellier, 28 novembre 1963, JCP 1964, II, 13596, note N. BERNARD ; D. 1964, 483, note L. MAZEAUD ; J. soc. 1964, 72, note LECOMPTE : en l'espèce, il s'agissait d'une convention méconnaissant la procédure de l'art. 40 qui avait été conclue entre une société et le président de son Conseil d'administration. La Cour décida que l'approbation des actionnaires n'avait pu être obtenue par l'écoulement du délai de prescription prévu à l'article 8 de la loi de 1967, « faute d'une délibération qui en marque le point de départ ».

(124) Ainsi, en cas d'erreur sur le caractère libre ou réglementé de la convention ou encore lorsque toute autorisation préalable s'avère purement et simplement impossible. On trouvera cette dernière hypothèse lorsque les deux sociétés contractantes ont exactement les mêmes administrateurs, ce qui, en vertu de l'article 103, interdira aux uns et aux autres de prendre part

le Conseil sur la convention si l'on décidait d'en informer les actionnaires ? Bien entendu, les commissaires aux comptes auront pu s'aviser par eux-mêmes de la convention. Mais tel peut ne pas être le cas. On peut donc penser que le principe institué par le législateur, la fixation du point de départ du délai au jour de la conclusion du contrat en cas de divulgation de celui-ci à l'assemblée générale subséquente, n'aura que fort peu l'occasion de jouer en matière de conventions non autorisées. A l'inverse, il semble que l'hypothèse d'une dissimulation entendue au sens de la Cour de Cassation, c'est-à-dire d'une non-révélation du contrat dans toutes ses modalités, est beaucoup plus probable. Ainsi, nous semble-t-il, n'y aurait-il pas grand préjudice à remplacer purement et simplement le principe de l'actuel article 105 par l'exception. Il serait souhaitable de fixer en tout état de cause le point de départ du délai au jour de la révélation du contrat, dans toutes ses dispositions, à l'assemblée (125). C'est, en effet, seulement à cette date que celle-ci sera mise en mesure d'exercer l'option que lui reconnaît la loi : décider d'exercer l'action en nullité ou au contraire en paralyser l'exercice par un vote de couverture.

279. — 2 - En effet, aux termes exprès des articles 105 et 147 de la loi du 24 juillet 1966, la nullité des conventions non autorisées et préjudiciables à la société pourra être couverte « par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie ». En théorie, deux solutions peuvent être envisagées : soit la société reprend purement et simplement le contrat non autorisé à son compte, ce qui, on l'a remarqué (126), ne peut manquer de surprendre puisqu'il lui porte tort, par hypothèse même ; soit, elle renonce à exercer l'action en nullité et préfère agir en responsabilité contre ses administrateurs fautifs.

Mais il est fort à craindre, dans les groupes de sociétés, que, délaissant totalement la deuxième voie, le capital dirigeant de la société use de son influence à l'assemblée pour couvrir l'opération en cause. Sans doute les intéressés ne peuvent-ils plus, depuis la loi du 24 juillet 1966, prendre part au vote et leurs actions ne sont-elles plus prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, et ce à peine de nullité de la délibération (127) (128).

au vote sur l'autorisation. La seule solution envisageable est alors de solliciter un vote de couverture de l'assemblée sur rapport spécial des commissaires aux comptes (en ce sens, BALENSI, op. cit., p. 118, n° 163 ; rep. minist. LAURIOL, J.O., déb. A.N. 26.07.1975, 5429), si toutefois les conditions de quorum et de majorité d'une telle assemblée peuvent être satisfaites.

(125) Quitte à raccourcir le délai de l'article 105 d'un an pour tenir compte de l'écart maximum entre la date de la conclusion du contrat et celle de l'assemblée générale annuelle.

(126) SCHMIDT, op. cit., n° 276, note 2.

(127) Art. 50-1°, 103-4°, 145-4° de la loi du 24 juillet 1966.

(128) Cela justifie d'autant mieux la solution, déjà admise sous l'empire de l'article 40 de la loi de 1867 (cf. not. Rouen, 24 novembre 1959, G.P. 1960, I, 144) suivant laquelle l'approbation

Mais, il convient, semble-t-il, de retenir une conception restrictive de la notion d'intéressé. En doctrine, le problème a été posé de savoir comment interpréter les dispositions de l'article 103-4°, auquel renvoie l'article 105-3° de la loi de 1966 pour ce qui concerne la couverture de la nullité. Les prescriptions du premier de ces textes interdisent à « l'intéressé » de prendre part au vote et excluent ses actions du calcul du quorum et de la majorité. Mais visent-elles toute personne intéressée à la convention, ou plus restrictivement « l'administrateur ou le directeur général intéressé » considéré par l'article 103 en son alinéa premier ?

280. — L'intérêt du débat est loin d'être académique : on supposera une société A, actionnaire d'une société B, et la conclusion d'un contrat entre les sociétés A et B, dont certains administrateurs sont communs.

Dans le premier cas, non seulement les administrateurs communs seront exclus du vote et de leurs actions décomptées pour le calcul du quorum et de la majorité, et cela dans les deux sociétés, mais encore la société A, simple actionnaire de la société B, ne pourra approuver la convention à l'assemblée générale de cette dernière société, en sa qualité de partie contractante, principale intéressée à l'opération (129).

Dans la seconde interprétation, la conséquence est quelque peu paradoxale : alors que les administrateurs intéressés seront exclus du vote, la société A, pourtant partie au contrat, pourra valablement approuver la convention. Il y a donc tout lieu de craindre que cette dernière société, gros actionnaire dans la société B, ne profite de sa position prédominante pour faire approuver par l'assemblée une convention qui peut lui être unilatéralement favorable.

281. — Néanmoins, on doit, semble-t-il, préférer la deuxième solution. Deux arguments peuvent être essentiellement invoqués. Le premier est d'ordre grammatical : le premier alinéa de l'article 103 disposant que « l'administrateur ou le directeur général intéressé est tenu... », la circonstance que le législateur ait employé l'article défini au dernier alinéa du même article, « l'intéressé ne peut pas prendre part au vote... », paraît indiquer que la personne visée ne peut être, dans les cas qui nous intéressent, que l'administrateur. Comme le remarque M. DU PONTAVICE (130), « il est bien évident, en effet, qu'au dernier alinéa de l'article 103 de la loi, le mot "intéressé" a le même sens qu'au premier alinéa du même article ».

de l'assemblée devait être spéciale, chaque convention devant faire l'objet d'une résolution séparée. En effet, puisqu'il est désormais formellement interdit par le législateur aux intéressés de prendre part au vote, il convient de procéder à un calcul du quorum et de la majorité propres à chaque convention chaque fois que différentes conventions sont soumises à l'assemblée qui ne sont pas conclues avec le même administrateur.

(129) La société B, en revanche, n'étant pas actionnaire de A, n'a par définition aucune qualité pour se prononcer sur la convention à l'assemblée générale de A.

(130) DU PONTAVICE, Bull. Féd. Assoc. Com. soc., 1970, n° 22, p. 107, spéc. p. 111 ; adde : PLAISANT et DELAISI, rép. Dalloz, soc. 1970. V° « administrateurs », n° 137 ; MERCADAL et JANIN, memento cit., 1974, n° 1392, p. 434.

Le deuxième argument procède du principe d'interprétation stricte des dispositions qui viennent limiter le droit de vote. Ce principe interdit l'interprétation extensive du terme « intéressé » figurant à l'alinéa 4 de l'article 103 au sens de tout intéressé (131).

Dans cette conception, la société associée au capital de la société cocontractante, bien qu'ayant évidemment intérêt à l'opération, pourra néanmoins voter.

282. — Cependant, pour pouvoir exercer effectivement ce droit de vote, la société devra se faire représenter par une autre personne que le dirigeant intéressé. L'interdiction pour l'administrateur intéressé de voter en tant que représentant de la personne morale, actionnaire de la société cocontractante, a été nettement affirmé par la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 27 janvier 1972 (132). En l'espèce, des conventions avaient été passées entre une société anonyme et le président de son Conseil d'administration. Lors de l'approbation de ces conventions par l'assemblée, le président n'avait pas voté en son nom propre mais au nom d'une société civile dont il était le gérant et le maître absolu — avec son épouse — et qui était également actionnaire de la S.A. Indirectement, grâce à la participation de sa femme et de la société civile, il détenait la majorité du capital de la société anonyme.

Écartant le principe d'interprétation stricte des dispositions limitant le droit de vote pour raisonner par analogie avec les dispositions de l'article 82 de la loi du 24 juillet 1966 (133), ce qui est contestable (134) et relevant d'autre part que l'intéressé a utilisé la personnalité distincte de la société civile

(131) En ce sens, MERCADAL et JANIN, *op. et loc. cit.*

(132) Paris, 25 janvier 1972, *rev. soc.*, 1972, 688, note D. SCHMIDT ; RTDco 1972, 643, obs. HOUIN. Cet arrêt a été cassé (com. 8 octobre 1973, *rev. soc.*, 1974, 518, note A. TOUBIANA) mais seulement pour défaut de réponse à conclusions, la Cour de Cassation ne contestant pas l'assimilation de l'interdiction du vote *ès-nom* au vote *ès-qualité*. V. en doctrine : TERRE, « Économie et Comptabilité », mars 1971, 5557.

(133) « Que c'est vainement que (le dirigeant intéressé) prétend que l'article 103, à la différence de l'article 82, ne visant pas l'intéressé agissant comme mandataire, son vote n'était pas irrégulier ; que l'article 82 en effet exclut expressément le vote comme mandataire car ceux-ci sont visés à l'alinéa 1^{er} ; mais que les motifs de l'exclusion du vote comme mandataire sont les mêmes dans les deux cas ; que l'article 103 in fine spécifiant déjà que les actions de l'intéressé ne peuvent être prises en compte, il serait inutile d'ajouter qu'il ne peut pas prendre part au vote si ce n'était sa participation personnelle que l'on voulait exclure, même en qualité de mandataire ». La Cour de Paris rejette par conséquent l'argument a contrario qui pourrait être tiré de la différence de rédaction entre l'article 103 et l'article 82 de la loi du 24 juillet 1966, ce dernier texte disposant que l'apporteur en nature n'a voix délibérative « ni pour lui-même, ni comme mandataire » lors de la vérification de son apport par l'assemblée.

(134) Sans doute peut-on admettre d'écarter un actionnaire du vote chaque fois que son intérêt à une résolution est trop personnel et trop direct et qu'on peut craindre qu'il n'exerce, même comme simple mandataire, une influence trop grande lors de la délibération. Mais encore faut-il qu'un texte permette cette restriction à l'expression normale du vote, ce qui est le cas de l'article 82, mais non de l'article 103.

pour frauder les prescriptions de l'article 103 in fine, la Cour de Paris a purement et simplement annulé les délibérations prises par les assemblées générales de la société anonyme.

On dira que l'obstacle n'est pas si grave puisqu'il suffit à la société actionnaire dans la société cocontractante, qui n'est pas privée du droit de vote, de choisir un autre représentant que le dirigeant intéressé. Encore faut-il néanmoins que cette autre personne dispose par rapport à l'intéressé d'une certaine indépendance. A défaut, le représentant ne pourrait que constituer une personne interposée et le même problème que celui soumis posé à la Cour de Paris pourrait en définitive ressurgir.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

283. — L'utilité du contrôle est-elle à la mesure des entraves qu'il met à la mobilité des capitaux dans le groupe ? On peut en douter : s'il est indéniable que l'exigence d'une autorisation, collective et spéciale, du Conseil d'administration ou de surveillance représente un obstacle à la rapidité de la circulation des fonds dans le groupe, son efficacité paraît très limitée. D'abord, l'obligation pour les dirigeants intéressés de ne point prendre part au vote sur les conventions soumises à l'article 101 (article 103) n'empêchera pas en fait les autres administrateurs, ou du moins leur majorité, de se conformer aux injonctions de la société dominante. En outre, et même à supposer un défaut effectif d'autorisation et un préjudice social découlant de la convention, nous avons montré que la possibilité de couvrir la nullité par une assemblée, où le capital dirigeant le groupe peut continuer à exercer son influence dominante, manifestait les limites du système protecteur institué par la loi.

284. — Est-ce à dire que la procédure de contrôle serait complètement inutile dans les groupes de sociétés ? La conclusion serait excessive si les rapports spéciaux des commissaires aux comptes prévus aux articles 103 et 145 de la loi du 24 juillet 1966 contenaient toutes les mentions et indications définies aux articles 35, 92 et 117 du décret n° 67236 du 23 mars 1967, ce qui est encore aujourd'hui trop rarement le cas (135). Ce sont en effet les premiers et souvent les seuls éléments d'information dont peuvent disposer les actionnaires.

(135) Une illustration notable peut être fournie par rapprochement d'un extrait du Rapport de la COB pour l'année 1974 (p. 71) relatif aux relations entre deux sociétés soumises à une société-mère commune, la société des Rizeries Indochinoises. Les deux premières sociétés étaient SOVISA et la société UNIPOL qui détenait une participation (18,8 %) dans le capital de la société SOVISA. UNIPOL avait consenti gratuitement, le fait mérite d'être souligné, des avances

Ainsi, en cas de prêt reçu ou consenti à une autre société, le rapport spécial des commissaires aux comptes devra obligatoirement, aux termes de l'article 92, préciser le nom des dirigeants intéressés, la qualification exacte de l'opération et ses modalités essentielles (montant du crédit consenti, taux d'intérêt, modalités de remboursement...) mais aussi tous les mouvements de fonds, en débit ou en crédit, en compte courant ou non, s'ils sont les suites d'une convention autorisée au titre d'un exercice antérieur (136). Il devra aussi fournir «... le cas échéant, toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées». A cette fin, les avantages et les inconvénients de l'opération pour la société devront être exposés ; il conviendra bien évidemment de souligner d'abord les éléments inhabituels. Par exemple, des taux d'intérêts qui sembleront anormalement bas ou élevés, l'absence de garanties ou d'une clause classique dans un contrat de prêt comme une clause de déchéance du terme ou encore le défaut de fixation d'une date de remboursement. De même, ce rapport ne devrait-il pas manquer de donner aux actionnaires un aperçu des risques qu'ils courent, par exemple en dévoilant à l'assemblée la situation financière de l'entreprise bénéficiaire et en précisant l'importance et le sens des transferts, directs ou indirects d'actifs entre la société et son groupe, tels qu'ils ont pu apparaître au cours de l'exercice.

285. — Sans doute, ces dernières propositions relèvent-elles le plus souvent encore, à l'heure actuelle, du vœu. Mais, on peut penser que dans un groupe, où une opération envisagée isolément n'a guère de signification, les actionnaires ne pourront se faire une idée exacte de «l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées» qu'à ce prix. Il paraît donc souhaitable, et conforme à la volonté des auteurs du décret du 23 mars 1967 que les commissaires aux comptes retracent, dans la mesure évidemment de la connaissance qu'ils en ont (137), l'opération dans son contexte, la politique

d'un montant considérable de F 6.856.393,55. Or, ce montant dépassait largement celui qui avait été autorisé par le Conseil d'administration (cf. Rapport COB, précité), ce qui équivalait donc à un défaut d'autorisation pour la fraction non autorisée. Pourtant les commissaires aux comptes (Rapport spécial, Exercice 1973) n'ont pas jugé utile d'informer l'assemblée des actionnaires de la société UNIPOL de ce fait (cf. la formule laconique utilisée : «UNIPOL a consenti à (la) société (SOVISA) des avances financières sans intérêt s'élevant, au 31.12.1973, à F 6.856.393,55. Un rappel d'intérêts sera effectué en 1974. Les Rizeries Indochinoises sont administrateurs communs à UNIPOL et à SOVISA»).

(136) Cf. art. 92 in fine, décret 23 mars 1967 : le rapport spécial doit mentionner «... le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice, en exécution des conventions visées à l'article 91, al. 2°» (c'est-à-dire des conventions antérieurement autorisées mais dont l'exécution s'est poursuivie au cours de l'exercice).

(137) On a dénoncé l'impossibilité d'un échange de renseignements entre commissaires aux comptes de sociétés appartenant à un même groupe en raison du secret professionnel auquel ils sont tenus (LACOSTE, «les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot», JCP 1975,

du groupe, et la confrontent avec l'ensemble des avantages et des inconvénients résultant, au cours d'une même période, de l'appartenance de la société au groupe (138).

Un grand pas serait ainsi fait en vue d'assurer une protection adéquate d'une des catégories de personnes que les dangers attachés à la mobilité des capitaux dans le groupe paraissent le plus menacer.

CI, 11855). La réalité est plus nuancée : en vertu de l'art. 229, al. 3 de la loi du 24.07.1966, le Commissaire a les mêmes pouvoirs d'investigation dans la filiale et la société-mère (au sens de l'art. 354 de ladite loi) que dans la société contrôlée ; il peut, en outre, «recueillir toutes informations utiles... auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société» et aussi, semble-t-il, de sa société-mère ou de sa filiale puisque cette quête d'informations entre dans les pouvoirs d'investigation des Commissaires. Or, le Commissaire de la filiale ou de la société-mère paraît devoir être considéré comme un «tiers» au sens de l'art. 229, al. 4, à l'égard du Commissaire de la société contrôlée, si bien que le premier ne pourra opposer le secret professionnel au second (en ce sens, DU PONTAVICE, «Le secret professionnel entre Commissaires de sociétés d'un même groupe», Bull. C.A.C. 1972, 487). Le problème reste cependant entier dans les relations entre sociétés dont l'une détient une participation inférieure à 50 % du capital de l'autre. Le Conseil National des commissaires aux comptes, dans sa délibération du 21.10.1978 (Code des devoirs et intérêts professionnels) a préconisé le partage du secret professionnel entre commissaires aux comptes de sociétés appartenant à un même groupe, (cf. déjà chr. cit. DU PONTAVICE, in Bull. C.A.C. 1972, n° 8, p. 487 ; 1974, n° 14, p. 195) solution qui a paru souhaitable et digne d'approbation à la chancellerie (Rep. minist. à M. CAVAILLE, dép., quest. 12890 du 3.03.1979, J.O., A.N., 14.07.1979, p. 6159 ; Bull. C.A.C., n° 35, 1979, p. 343). Sur la notion d'auxiliaire de justice en droit d'opposer le secret professionnel aux commissaires, au sens de l'art. 229 de la loi du 24 juillet 1966, v. Rep. minist. à O. BAJEUX (Rev. soc. 1980, 591).

(138) Dans ce sens, PASTRE, op. cit., p. 302 ; HOVASSE, op. cit., p. 234. Même envisagée ainsi, la protection des actionnaires externes en droit français reste en deçà de celle instaurée par la loi allemande du 6 octobre 1965 qui impose (paragr. 312) aux dirigeants de rapporter annuellement toutes les opérations passées avec d'autres sociétés du groupe en les décrivant une par une et en précisant, le cas échéant, la perte qui en résulte pour la société. Ce rapport est soumis aux commissaires aux comptes (paragr. 313) et au Conseil de surveillance (paragr. 314). Mais tout actionnaire a en outre le droit de demander en justice la nomination d'un «Sonderprüfer» pour vérification de la véracité du rapport (paragr. 315).

DEUXIÈME PARTIE

**RESPONSABILITÉ
DES OPÉRATEURS**

286. — L'intérêt social demeure le critère fondamental de régularité de la gestion sociale. Les associés sont évidemment très directement concernés par le respect de l'intérêt social dont dépend leur prospérité. Les créanciers sociaux le sont indirectement et de façon plus limitée : ils veulent être payés. Or, certains actes de la société, lorsqu'ils se traduisent par un appauvrissement sans contrepartie, menacent le recouvrement de leurs créances. Sans doute les intérêts des uns et des autres ne sont-ils nullement identiques. Les premiers recherchent le profit le plus élevé, les seconds, le maintien d'un actif suffisant à les désintéresser. Mais ils possèdent au moins un intérêt commun qui est de s'opposer à toutes les actions destinées à diminuer sans contrepartie son patrimoine.

287. — Or, les prêts et avances entre sociétés groupées, parmi toutes les opérations effectuées dans l'intérêt du groupe, se rangent au nombre des plus dangereuses à cet égard. Ils permettent en effet un transfert incessant des ressources d'une société à l'autre. A telle enseigne que les patrimoines des sociétés groupées sont parfois considérés par la direction centrale comme des vases communicants. Qu'un actionnaire minoritaire conteste devant le juge la « perte de substance » de la société et la dévaluation artificielle de ses titres, qu'un créancier réclame en justice paiement de sa créance, et l'on s'apercevra que la trésorerie est exsangue, que les actifs immobiliers et le portefeuille de titres, voire le potentiel productif, auront fondu ou seront irrémédiablement diminués.

L'intérêt du groupe aura été poursuivi, pas celui de la société apparemment lésée. Tel sera, semble-il, l'objet du conflit entre la société dominant le groupe, d'une part, les actionnaires « externes » (1) de la société et ses créanciers, d'autre part. Mais, quel est ce tiers intérêt présenté comme antagoniste ? Que signifie l'intérêt du groupe ? La notion demeure mystérieuse, le législateur l'ignore, la doctrine n'en a jamais donné une définition satisfaisante. Pourtant, elle existe (2).

288. — Dans un premier mouvement, on sera peut-être tenté de dire que l'intérêt du groupe n'est autre que celui du capital dirigeant de l'ensemble des sociétés groupées. L'intérêt du groupe, ce serait donc l'intérêt de la holding ou de la société-mère où se trouve concentré ce capital dirigeant. A priori, il est quelque raison de le penser : c'est en effet la société dominante qui définit la direction économique à suivre par les filiales et les missions et charges leur incombant dans le cadre de la politique d'ensemble qu'elle aura élaborée. Or, on peut être tenté d'identifier les personnes détentrices d'un intérêt et celles chargées de le définir. L'analyse, pourtant, n'est pas exacte. A bien y regarder, l'intérêt d'une société de capitaux est également définie par

(1) L'expression tirée du droit allemand (« die Aussenstehenden Aktionäre ») est devenue courante : elle désigne tous les actionnaires des sociétés dominées non intéressés dans la société dominante. On les désigne aussi sous le vocable d'actionnaires « libres » (cf. les « Konzernfreie Aktionäre »).

(2) SCHMIDT, op. cit., n° 213.

certaines actionnaires, les majoritaires. Néanmoins, il est impossible d'affirmer que l'intérêt qu'ils expriment correspond au leur. La loi de la majorité, on l'a montré (3), donne au plus grand nombre le droit souverain de définir l'intérêt de tous mais ne lui donne pas celui de gérer la chose sociale en fonction de son propre intérêt. La situation n'est pas différente au niveau d'un groupe de sociétés : la société dominante définit l'intérêt du groupe, élabore en conséquence une certaine politique mais agit en charge d'intérêts qui ne sont pas les siens. Cela est évident : les actionnaires de la société dominante ne peuvent être en droit les propriétaires du groupe. Celui-ci n'est pas une réunion de majoritaires mais une réunion de sociétés comportant également d'autres actionnaires qu'eux. Mais si cette idée rallie la majorité des auteurs (4), une élimination ne fait pas une définition.

289. — Et, si l'intérêt du groupe n'est pas celui de la société dominante, quel peut-il bien être ? Manifestement, il ne saurait englober d'autres intérêts que ceux de ses membres et toute tentative en ce sens serait aussi suspecte que celle de certains auteurs qui, à la suite de l'arrêt *Fruehauf-France* (5) avaient cru découvrir l'intérêt de l'entreprise (6). C'est en réalité, en raisonnant de pair avec la notion d'intérêt social que l'on pourra définir l'intérêt du groupe. Lorsque deux sociétés sont en étroites relations d'affaires telles que leurs exploitations sont en réalité interdépendantes, elles ont évidemment un intérêt commun : isolées, leurs entreprises ne pourraient plus fonctionner ou, à tout le moins, de façon beaucoup moins rentable. Ensemble, les deux sociétés peuvent espérer un profit global supérieur à la somme des profits qu'elles pourraient obtenir individuellement. Leur intérêt commun correspond donc déjà à un intérêt de groupe, celui du groupement qu'elles forment.

Au niveau de vastes ensembles économiques, le raisonnement n'a guère lieu d'être différent : l'intérêt du groupe est encore et toujours un intérêt commun à tous ses participants. Celui-ci est d'obtenir un enrichissement global et « une masse à partager supérieure à la somme de ce que chaque société pourrait individuellement réaliser » (7). Seulement, à cette échelle, l'idée d'intérêt commun tend dans une bien plus grande mesure à se confondre, aux yeux des tiers, avec sa manifestation extérieure, « l'intérêt du groupe », celui qu'on attribue assez volontiers à une structure économique

(3) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 82.

(4) V. not. TROCHU, JEANTIN, LANGE, « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés », D. 1975, chr. p. 17 ; SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », JCP, CI, 11816 ; SANZ, le délit d'abus des biens ou du crédit, le délit d'abus des pouvoirs ou des voix ; application aux dirigeants des groupes de sociétés, thèse dactyl., Montpellier, 1975, p. 99 ; T. corr. Paris, 16 mai 1974, G.P. 15-16-17 décembre 1974, 886, aff. WILLOT.

(5) Paris, 22 mai 1965, D. 1968, 147.

(6) V. not. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise », thèse Rennes, Sirey 1967, p. 200.

(7) JACQUEMIN, « Travaux du Séminaire de Liège des 19, 20 et 21 octobre 1972 », « Les groupes de sociétés », Liège-La Haye, 1973, p. 48.

cohérente et de grande dimension. Mais il faut se garder d'oublier que l'intérêt du groupe n'a de sens et ne s'explique que par l'existence d'un intérêt homogène et préexistant de chacun des participants, celui d'un profit collectif plus élevé, par définition inaccessible à chacune des sociétés considérées isolément. L'intérêt du groupe ne peut être différent de l'intérêt commun de tous ses participants.

La vérification de son existence dans les groupes importants deviendra plus abstraite ; on ne considérera plus les rapports bilatéraux des sociétés en présence mais l'interdépendance de ses membres telle qu'elle résulte des propres structures du groupe. L'organisation de celui-ci en unités complémentaires, la répartition cohérente des fonctions entre les sociétés groupées rendent vraisemblable leur contribution à un but commun et l'existence d'un intérêt de groupe.

Dans cette conception, il est clair que l'intérêt du groupe ne saurait être confondu avec celui de la société dominante ; le propre intérêt de celle-ci se trouve en effet en dépendance d'un intérêt plus vaste, plus général, inhérent au type d'organisation qu'elle a mis en place et pourtant non dissociable de celui des sociétés intégrées dans cette organisation. En théorie, nulle opposition ne pourrait donc être imaginée entre l'intérêt des collectivités membres du groupe et l'intérêt de celui-ci. L'idée d'un éventuel conflit d'intérêts ne paraît guère pertinente. Certes, dans le cadre sociétaire, la majorité imposera à la minorité des objectifs sociaux qu'elle aura tracés compte tenu des objectifs généraux du groupe. Mais ces derniers ne peuvent être conçus que comme la meilleure façon de servir l'intérêt social.

Le plus grand mérite, en droit positif, de la reconnaissance de cet intérêt nouveau réside ainsi dans le nécessaire élargissement de la perception que l'on devra retenir de l'intérêt d'une société de groupe. L'intérêt du groupe, si l'on peut dire, enrichit l'intérêt social, ou plus exactement oblige à une appréciation plus nuancée de cet intérêt.

290. — Il reste cependant que dans maintes hypothèses, prétendre que l'intérêt d'une société est mieux et plus complètement servi du fait de son insertion dans un groupe, semble relever d'une pure fiction. Lorsqu'une société est contrainte d'épuiser ses ressources de trésorerie, voire de liquider certaines immobilisations pour « faire les fonds » d'une autre société du groupe dont le développement est jugé prioritaire, lorsque le financement d'une prise de contrôle, dont elle ne profitera pas, ou de sociétés en état virtuel de cessation de paiement lui incombera, les chances de profit qui peuvent en résulter pour elle seront pour le moins difficilement saisissables.

Or, ni les actionnaires en position externe, qui n'ont d'intérêts que dans la société « sacrifiée », ni ses créanciers auxquels le principe de la relativité des conventions interdit de se retourner contre la société dominante, ne se satisferont d'une fiction. Un ensemble de règles devra donc être mis en place qui permette d'assurer à la fois une suffisante protection de ces deux catégories de personnes contre toutes manœuvres de la société dominante préjudiciables à leurs intérêts et la poursuite des flux de financement internes. On pourra alors vérifier si l'insuffisance, si souvent dénoncée, du droit français à satisfaire ce double objectif existe réellement.

TITRE I

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES EXTERNES

291. — Les majoritaires disposent du pouvoir souverain de gérer comme bon leur semble la chose sociale. Ils sont libres de définir l'intérêt collectif comme ils l'entendent et peuvent donc gouverner la société dans l'intérêt du groupe. C'est à eux qu'il revient de déterminer s'il est préférable pour la société de se démunir de ses liquidités ou de les affecter à sa propre exploitation. Ils sont souverains juges de l'opportunité de priver la société de tout ou partie de sa trésorerie existante ou même potentielle (1). Cette faculté de la majorité n'est pas douteuse car elle découle directement du principe majoritaire (2). Mais, si la majorité est toute puissante et peut se défendre à juste titre contre toute velléité de la minorité (3) de contrôler l'opportunité de sa gestion, elle ne saurait lui opposer une fin de non-recevoir lorsque la régularité de cette gestion, et non son utilité, est en cause. La majorité ne saurait alors se plaindre d'une quelconque immixtion de la minorité : il n'a en effet jamais été en son pouvoir de commettre des actes abusifs ou illicites.

292. — De plus, les conditions dans lesquelles le prêt ou l'avance aura été octroyé peuvent être fautives. Il est bien certain qu'une avance inconsidérément ou irrégulièrement consentie expose, lorsqu'elle aura provoqué un préjudice social, les dirigeants à une action sociale en dommages-intérêts par

(1) La trésorerie apparente au bilan englobe les liquidités existant en caisse ou en banque et trouve son expression dans les postes du «disponible» au bilan. La trésorerie potentielle ou occulte, ou encore «des coussins de trésorerie» selon le vocable de la pratique, correspond aux fonds non susceptibles d'emploi immédiat dans l'exploitation qui ont été affectés dans cette attente à d'autres fins, par exemple pour payer plus rapidement les fournisseurs ou acquérir des stocks supplémentaires par précaution ou volonté de spéculation. Sur cette distinction, v. FLEURIET, «Pouvoir et finance d'entreprise», Dalloz, 1977, p. 75.

(2) V. not. D. SCHMIDT, op. cit., n° 191 et s.

(3) On supposera donc que tous les actionnaires non majoritaires ne se comportent pas comme de simples «bailleurs de fonds» et qu'il existe parmi eux de véritables minoritaires, c'est-à-dire des actionnaires qui s'intéressent activement à la vie sociale, participent effectivement aux assemblées et souhaitent exercer leurs droits au contrôle de la gestion majoritaire. Sur cette distinction, v. CHAMPAUD, «Le pouvoir de concentration de la société par actions», Sirey, 1962, n° 26. Cette distinction a d'ailleurs été formellement consacrée par la loi par la création d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote (titre III, loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 ; cf. C. JAUFFRET-SPINOSI «Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote», Rev. soc. 1979, p. 25 et s.).

application des principes de la responsabilité civile (4). A cet égard, il n'est nul besoin d'établir que l'opération, préjudiciable à la société, a répondu aux intérêts personnels exclusifs du dirigeant poursuivi. Ainsi, un président directeur général a-t-il été condamné à verser le montant des avances dont il avait gratifié une autre société qu'il dirigeait également, en exécution d'une résolution d'assemblée l'y autorisant mais qui fut ultérieurement annulée pour abus de droit (5). Ce dirigeant soutenait notamment, devant la Cour de Cassation que cette condamnation ne reposait pas sur une faute distincte, indépendante de l'abus de droit déjà sanctionné. La Cour rejeta cependant son pourvoi aux motifs que sa responsabilité ne découlait pas de l'annulation de la décision sociale de prise en charge du passif mais résultait du caractère hasardeux et aventuré des avances consenties en totale négation de l'intérêt de la société versante, et des conditions dans lesquelles le vote appratif de l'assemblée avait été provoqué et obtenu.

Toutefois, les dangers les plus graves ne proviennent pas tant d'imprudences dans la gestion et le placement des fonds sociaux que de leur manipulation dans le cadre d'une politique de groupe. Toutes les liquidités des sociétés membres peuvent être mises en commun. En toutes hypothèses, les trésoreries des unes seront employées à l'activité des autres. Elles paraîtront mobilisables à merci. En cas de poursuites, le capital dirigeant accusé d'utiliser les capitaux des sociétés groupées à son propre compte, répondra qu'il en allait de l'intérêt supérieur du groupe, cet intérêt pouvant légitimement être défini par lui seul et imposé aux minoritaires.

293. — Ceux-ci disposent cependant d'armes redoutables. Mal protégés (6) par les mesures d'interdiction ou de contrôle prévues par la loi du 24 juillet 1966 et sans doute beaucoup plus en raison de l'application déficiente qui en est faite, ils disposent de la faculté de poursuivre la réparation et la sanction de tout abus, sur le double terrain civil et pénal. Encore faut-il être en mesure d'établir l'abus : or, de deux choses l'une, ou bien toute gestion de groupe sera considérée comme une gestion personnelle et alors, bien évidemment, le fonctionnement du groupe s'en trouvera

(4) Cf. articles 52, 244 et 249 de la loi du 24 juillet 1966 ; les conséquences préjudiciables de toute convention réglementée, non autorisée par le Conseil d'administration (article 105-1^{er}) ou même autorisée, lorsqu'elle fait l'objet d'un vote de désapprobation à l'assemblée (article 104) peuvent être mises à la charge du dirigeant intéressé. Il est en outre permis de penser que la responsabilité de ce dernier ne se trouve pas écartée en cas d'approbation expresse par l'assemblée d'une convention défavorable à la société : l'article 246 de la loi de 1966 édicte en effet qu'aucune décision, de quelque nature qu'elle soit, n'est susceptible d'éteindre une éventuelle action en responsabilité contre les administrateurs ; v. pour une ouverture imprudente de crédit consentie par une société à un tiers, civ. 16 juin 1891, J. soc. 1891, 505 ; sur l'ensemble du problème, BERDAH « Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions », thèse, dactyl. Nice 1971.

(5) C.A. Dijon 9 mai 1973 et Com. 7 octobre 1974 (rejet), JCP 1975-I-18129, note F. GRUA ; Bull. inf. Sociétés Joly 1975, p. 346, § 199 ; Bull. C.A.C. oct. 1975, n° 19, p. 313.

(6) V. supra, n° 283 et s.

paralysé ; ou bien, le juge distinguera l'intérêt du groupe et l'intérêt de la société dominante ou de ses dirigeants, mais alors, les hypothèses d'abus paraîtront bien réduites et la règle de non-immixtion dans la gestion couvrira en fait bien des abus véritables. Tel est au fond le problème posé au juge par la contestation minoritaire de certaines opérations de groupe. La solution nous paraît intermédiaire entre ces deux opinions extrêmes : il convient certes de reconnaître l'existence d'un intérêt de groupe et d'en tirer toutes les conséquences quant à l'appréciation que l'on portera sur l'intérêt d'une société du groupe ; mais il faut aussi lui dénier toute autonomie par rapport à celui-ci : l'intérêt du groupe à lui seul est sans valeur et ne saurait justifier ni un abus de majorité ni un abus des biens sociaux.

CHAPITRE I

PRÊTS INTER-GROUPE ET ABUS DE MAJORITÉ

294. — Le préjudice que peut subir la minorité à raison d'une convention passée par la société avec une autre société du groupe présente cette particularité remarquable d'atteindre toujours la collectivité des actionnaires tout entière.

Elle ne se trouve, en effet, jamais désavantagée à elle seule, par rapport à la majorité. Le préjudice d'un contrat déséquilibré incombe à tous les actionnaires, majoritaires et minoritaires confondus. Ainsi, lorsque la société se dépouille en période de crise de ses fonds liquides, voire de tous ses « coussins de trésorerie », lorsqu'elle utilise le produit d'un prêt qu'elle vient d'obtenir pour financer une autre société du groupe ou que la rémunération perçue s'avère insuffisante à lui permettre de se pourvoir en capitaux de remplacement, le préjudice subi concerne la collectivité des actionnaires. C'est un dommage typiquement social. Toutefois, dans cette collectivité, certains pourront compenser, et au-delà, le préjudice qu'ils ont infligé à la société : ce sont les majoritaires qui sont nécessairement intéressés, à des titres divers (7) dans la société cocontractante qui profite de l'opération et dans la société dominante qui l'a ordonné.

295. — Dans ces conditions, on se demandera si le recours normal des minoritaires, l'action en abus de majorité, est encore concevable. En effet, si la majorité accepte délibérément de s'appauvrir en tant qu'actionnaire d'une société pour s'avantager en tant qu'actionnaire de la société contractante, existe-t-il encore une discrimination entre actionnaires pris en cette qualité ? La réponse est négative si l'on s'attache à la qualité, en laquelle elle trouve un profit à l'opération ; il est bien exact que les majoritaires ne trouvent pas l'avantage dans leur qualité d'actionnaire. La démonstration se fonde cependant sur des prémisses incorrectes.

Ce n'est pas la qualité au titre de laquelle l'avantage est perçu qui doit être considérée mais le moyen employé pour l'obtenir. Il suffit que la majorité **utilise sa qualité d'actionnaire** pour s'avantager personnellement pour que son comportement soit le cas échéant taxé d'abus, peu important la position

(7) Sur ce point, v. *supra*, n° 249 et s. ; *infra*, n° 327 et s.

qu'elle occupe pour le percevoir. La poursuite d'un « avantage extérieur » ne saurait donc exclure a priori la commission d'un abus de majorité. On remarquera du reste que les règles de contrôle, prévues aux articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, reposent sur la même analyse : le risque qu'un dirigeant ne tire avantage de ses fonctions pour s'octroyer un profit en tant que cocontractant ou personne intéressée à un titre quelconque dans l'autre société contractante. Enfin, la solution inverse impliquerait en réalité l'impossibilité de tout abus de majorité dans les groupes, extrémité choquante qui montre bien que l'idée de départ est inexacte.

Mais, si un abus de majorité est juridiquement concevable en cas d'avantage extérieur, cette circonstance n'est pas sans incidence sur la notion d'abus de majorité. On le montrera en premier lieu ; on indiquera ensuite les moyens propres à permettre à la minorité de surmonter les difficultés de preuve qui pourraient la dissuader de demander la sanction de l'abus.

SECTION I

L'abus de majorité dans les relations du groupe

296. — Selon la doctrine unanime, la notion d'abus de majorité comporte un élément matériel et un élément intentionnel. Mais, s'il est admis que ce dernier doit s'entendre de la conscience du groupe majoritaire de s'avantager personnellement aux dépens de la minorité en usant de leurs pouvoirs et de leur influence à cette fin (8), l'élément matériel de l'abus a donné lieu à une très vive discussion doctrinale. Il n'est pas de notre propos de reprendre l'ensemble des arguments avancés au débat pour les examiner. On se contentera ici d'exposer les deux principales thèses avant de proposer une solution.

§ 1 — Les systèmes doctrinaux

297. — Selon la conception que l'on retient de la société anonyme et de la finalité des pouvoirs de ses organes, l'abus de majorité peut a priori être recherché dans deux directions.

Dans un cas, la société sera perçue comme une technique juridique d'organisation de l'entreprise et l'abus de majorité sera la méconnaissance de

(8) L'intention de nuire de la majorité n'a pas à être démontrée. En ce sens, v. not. HEMARD, TERRE, MABILAT, t. II, n° 388 ; SCHMIDT, op. cit., p. 172 et s. Selon cet auteur, « la preuve de l'intention des majoritaires de s'avantager personnellement paraît théoriquement assez facile parce que le pas est vite franchi entre la faute lourde et le dol et qu'il est difficile d'imaginer que l'on puisse se consentir d'appréciables avantages sans en être conscient ».

l'intérêt propre de celle-ci par ses dirigeants. Dans l'autre, la société anonyme n'est qu'un mode particulier d'organisation d'un groupement d'apporteurs de capitaux. Dès lors, la majorité ne peut gouverner qu'en vue de la satisfaction des intérêts des seuls actionnaires, qui doivent être placés sur un strict plan d'égalité.

A - L'ABUS DE MAJORITÉ EN TANT QUE VIOLATION DE L'INTÉRÊT PROPRE DE L'ENTREPRISE

298. — Dans cette opinion, la société anonyme est l'habit juridique d'une entreprise. Or, celle-ci ne comprend pas exclusivement les seuls actionnaires mais regroupe aussi les intérêts spécifiques des apporteurs de travail, voire de l'État, des fournisseurs, des clients et des consommateurs (9). C'est un ensemble de moyens matériels et humains, combinés pour assumer une mission propre de création, de transformation ou de distribution de biens et services (10). L'entreprise a dès lors un intérêt propre qui mérite protection en lui-même parce qu'il permet la satisfaction de multiples intérêts. Sans doute, ces intérêts sont-ils inégalement importants et celui des actionnaires doit-il demeurer précellent. Mais il n'en reste pas moins que les apporteurs de capitaux ne représentent qu'un intérêt particulier qui doit, en cas de conflit avec les intérêts généraux de l'entreprise, céder la place à ces derniers. L'abus de majorité sera ainsi la méconnaissance de l'intérêt propre de l'entreprise par ses dirigeants.

299. — Cette opinion, on l'a montré (11), est inexacte. Elle procède d'une confusion entre la société et l'entreprise, laquelle est ignorée par le droit des sociétés. La société ne saurait porter un intérêt distinct de celui de la collectivité de ses actionnaires. Ces derniers ont pris un risque en investissant leurs capitaux dans la société, qui, d'ailleurs, n'existe et ne peut fonctionner que grâce à leurs apports. Ils n'ont accepté de se désaisir de leurs biens et de courir le risque social que si la société se comporte en véritable personne morale de cette nature et poursuit les buts que lui enjoint l'article 1832 du code civil (12). C'est donc en fonction de leur intérêt, et de leur intérêt seulement, que doit s'opérer la gestion sociale. L'abus de majorité revêt alors une signification toute différente.

(9) V. CHAMPAUD, «Contribution à la définition du droit économique», D. 1967, chr. 215 et s.

(10) PAILLUSSEAU, «La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise», thèse Rennes, 1967, Sirey, p. 200.

(11) V. D. SCHMIDT, op. cit., n° 77 à 80.

(12) Sur ce point, v. supra, n° 117.

B - L'ABUS DE MAJORITÉ EN TANT QUE RUPTURE D'ÉGALITÉ ENTRE LES ACTIONNAIRES

300. — La société anonyme, dans cette conception, est un groupement d'apporteurs de capitaux qui, dans l'intérêt de tous ses membres, est régi par le principe majoritaire. Ce n'est que lorsque la gestion des majoritaires ne respecte pas l'intérêt de tous, lorsque le gouvernement de la chose sociale ne sert que leurs propres intérêts qu'ils commettront un abus de majorité. Cette thèse, remarquablement développée par M. le Professeur SCHMIDT (13), implique de reconnaître à la notion d'intérêt social une double signification, non certes opposée mais complémentaire. L'intérêt social est d'abord l'intérêt collectif, commun, homogène, de tous les associés ; celui d'un « actionnaire-type », susceptible de faire prévaloir un intérêt propre, distinct de sa participation à l'enrichissement collectif, tel qu'il est apprécié par la majorité au vu des circonstances.

Mais, l'intérêt collectif des actionnaires implique aussi le respect de l'intérêt de chacun d'entre eux et l'égalité de traitement de tous devant le gain. En d'autres termes, la politique sociale définie par la majorité doit, à peine d'être abusive, produire également ses effets à l'égard de tous les membres de la société. Dans ces conditions, l'abus de majorité exigera le constat d'une rupture d'égalité entre les actionnaires (14), c'est-à-dire la coexistence d'un avantage personnel et exclusif de certains actionnaires et d'un préjudice subi par d'autres.

301. — La thèse soutenue par M. SCHMIDT emporte d'appréciables incidences. D'abord, les majoritaires ne sauraient abuser de leurs pouvoirs en gérant simplement la société dominée selon un autre intérêt que le propre intérêt de celle-ci (15) car peu importe en définitive l'intérêt au vu duquel la société est gouvernée, pourvu que cette gestion préserve toujours l'identité de traitement de tous les actionnaires et l'égalité des avantages retirés par eux du gouvernement majoritaire (16). En principe, il sera donc indifférent que le

(13) D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 186 et s.

(14) Il s'agit bien d'une discrimination entre les actionnaires et non entre les actions. Cette dernière est en effet formellement permise par la loi : actions de priorité ; art. 269, loi du 24 juillet 1966 (v. HEMARD, *TERRE, MABILAT*, t. III, n° 132) et actions à dividende prioritaire sans droit de vote (loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 et décret n° 641 du 27 juillet 1979 ; *Rev. Soc.* 1979, p. 25 et s., et p. 596 et s.).

(15) L'idée est d'ailleurs mystérieuse et insaisissable en droit des sociétés : puisque la majorité dicte sa loi et définit l'intérêt de tous, que peut signifier la notion d'intérêt « extérieur » ? Dans la conception classique, et en l'absence d'abus prouvé, l'intérêt du groupe ne peut pas ne pas coïncider avec l'intérêt de chaque société groupée.

(16) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 213 in fine ; contra : PASTRE, *op. cit.*, p. 311, « Le dogme de l'indépendance des sociétés commerciales, base du droit commercial classique s'oppose à ce que les capitaux soient mis en commun et répartis en fonction de stratégies globales ».

pouvoir réel de décision ait son siège hors du cadre sociétaire et que la gestion de la société soit tournée vers la satisfaction de l'intérêt défini par la société dominante. Il suffit que des contreparties équivalentes aux sacrifices consentis soient versées. Ensuite, cette conception permet de sanctionner une gestion abusive sans pour autant porter atteinte à l'autorité de la loi de la majorité. Si l'on ne laisse au juge que la mission de contrôler si la politique majoritaire emporte également ses effets sur tous les actionnaires, on peut en effet éviter qu'il n'apprécie lui-même l'intérêt collectif en se substituant ainsi au gouvernement majoritaire (17).

302. — Cette opinion ne pourra cependant être retenue. D'abord, le critère de la rupture d'égalité, à lui seul, entraînerait toujours un abus de majorité dans les groupes. Ensuite, le préjudice invoqué par les minoritaires ne peut être qu'un préjudice social, ce qui rend illusoire l'économie que l'on croyait pouvoir faire du contrôle judiciaire de l'intérêt collectif.

La rupture d'égalité, d'une part, est inévitable. Cette proposition se démontre très simplement lorsqu'à un titre ou à un autre, l'opération est lésionnaire pour la société. Par exemple, lorsque le capital dirigeant décide, après avoir consenti à une autre société des avances remboursables à tout moment et sans préavis, de bloquer sine die les sommes en question au profit de la société emprunteuse. Si l'avantage a été accordé sans contrepartie, tous les actionnaires s'en trouveront lésés mais les majoritaires compenseront le dommage, et au-delà, grâce aux autres avantages qu'ils recueilleront dans le groupe.

Si, au contraire, l'avantage consenti avait une contrepartie (18) ou était rééquilibré a posteriori par l'allocation d'une compensation à la société prêteuse, il existerait néanmoins toujours une indéniable rupture d'égalité : les majoritaires qui, normalement, auraient dû pourvoir au financement de la société emprunteuse sur leurs fonds propres, ont compromis les capitaux sociaux dans une opération qui les servait indirectement et n'intéressait que pour une part la société. Parmi les actionnaires, ils sont seuls à pouvoir recueillir un double avantage, l'un à l'extérieur, l'autre au sein de la société prêteuse.

Il y a donc, dans les faits, rupture d'égalité. Or, il n'est pas raisonnable d'en déduire automatiquement l'abus. Il n'est d'ailleurs pas anormal en soi que la majorité s'avantage personnellement à travers sa gestion. La recherche d'un avantage personnel ne devient répréhensible que si celle-ci s'oppose à l'intérêt collectif. M. GRUA (19) remarque avec raison que « l'on ne peut

(17) Il est en effet, sans aucun doute, fâcheux de substituer à l'appréciation souveraine de la majorité, un contrôle de l'opportunité de la gestion opérée par un juge irresponsable et, qui plus est, saisi sur initiative minoritaire (v. sur ces points, SCHMIDT, n° 199 et réf. cit.).

(18) Ainsi, lorsque la société emprunteuse est l'indispensable fournisseur ou un client important de la société prêteuse, l'opération même désavantageuse dans l'immédiat peut donner lieu à des profits futurs.

(19) GRUA, op. cit., p. 163, n° 141.

pas attendre de la majorité qu'elle gouverne en faisant abstraction de ses propres intérêts. Tout ce qu'on est en droit d'exiger d'elle, est qu'elle ne fasse pas prévaloir ses intérêts particuliers sur ceux de la collectivité » (20). Même M. SCHMIDT est amené à le reconnaître : « s'il est interdit d'exonérer un associé de tout risque social, il est permis en revanche de rompre l'égalité entre les intéressés et d'avantager certains par rapport à d'autres... Ainsi, tel groupe financier ne consentira à prendre une participation dans une société en difficulté que si on lui octroie divers avantages et privilèges ; la rupture d'égalité apparaît donc comme la rémunération indispensable qui profitera, non seulement au groupe apporteur mais également à chacun des associés » (21). Une rupture d'égalité est donc licite si elle sert l'intérêt de tous (22). Mais qui, sinon le juge, appréciera si l'intérêt de la collectivité est satisfait ? D'ailleurs, a contrario, il est aussi logique d'admettre que cette rupture d'égalité présente un caractère abusif si elle méconnaît les intérêts de tous. Et, encore une fois, qui appréciera, sinon le tribunal, une telle méconnaissance ?

303. — Il est une deuxième raison, très liée à la précédente, qui rend obligatoire le contrôle judiciaire de l'intérêt collectif. Elle tient à la nature du préjudice que pourra invoquer un minoritaire du fait d'une convention passée avec le groupe. Ce préjudice ne peut être qu'un préjudice social, dont le sien n'est que le reflet. Certes, on a dénoncé (23) sur ce point l'insuffisance du droit français et proposé, pour éviter un contrôle judiciaire de l'intérêt collectif, d'introduire la notion allemande d'« angemessener Ausgleich » (24). Dans ce système, le rétablissement d'une véritable égalité entre actionnaires exigerait plus que le versement d'une contrepartie sociale, qui profiterait également aux majoritaires déjà favorisés ; elle commanderait l'allocation d'une contrepartie directe aux minoritaires correspondant exactement à l'avantage perçu par les majoritaires dans le groupe.

Mais faut-il aller aussi loin sur ce point que le droit allemand ? Nous en doutons : d'abord, il faut le souligner, cela introduirait une étonnante discrimination selon que la société est indépendante ou insérée dans un groupe. Dans un cas, le capital dirigeant pourrait s'avantager en respectant l'intérêt social, dans l'autre il devrait nécessairement partager cet avantage avec les non-majoritaires. Ensuite, il est difficile de ne pas reconnaître à la société le droit d'agir contre les responsables de l'abus, si elle a été effectivement lésée, sauf à occulter et à sacrifier la notion d'intérêt collectif. Dès lors, cette conception obligera les majoritaires à réparer doublement le même

(20) En ce sens, v. égal. GLAIS et LAURENT, « A propos de "l'affaire WILLOT", en guise d'introduction économique », *Rev. Banque*, 1976, p. 599.

(21) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 205.

(22) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 206.

(23) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 215.

(24) Art. 304, loi allemande du 6 septembre 1965.

dommage ; une première fois, en versant l'indemnité minoritaire et une deuxième en indemnisant le préjudice social. Enfin, le principe d'une contrepartie minoritaire paraît reposer sur un fondement bien discutable : ce serait en effet reconnaître à la minorité la possibilité de subir un préjudice du seul fait qu'elle est incapable de compenser l'appauvrissement social à l'extérieur de la société, dans le groupe. Mais ne serait-ce pas aussi, d'une certaine façon, lui reconnaître ce préjudice bien curieux de ne pas être majoritaire ?

304. — L'idée d'une contrepartie proprement minoritaire nous paraît ainsi difficilement acceptable : dans un groupe, comme dans le cadre d'une société indépendante, il ne paraît pas rationnel de donner à la minorité le même avantage que celui qu'elle aurait pu obtenir si elle était la majorité. Point nous paraît besoin d'instituer en sa faveur un nouveau déséquilibre en sens inverse, une inégalité nouvelle compensatrice. Mais, du même coup, l'on se trouve réduit à rechercher à l'aide des techniques existantes la protection à laquelle a droit la minorité, en prenant soin néanmoins de la limiter à des proportions compatibles avec la nécessaire autorité attachée au principe majoritaire et, au-delà, avec le bon fonctionnement du groupe.

§ 2 — La solution proposée

305. — Par un arrêt de principe du 18 avril 1961 (25), la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a défini la résolution abusive comme celle « prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité ». Selon la Cour Suprême, deux conditions sont ainsi nécessaires pour constituer l'abus de majorité : la méconnaissance de l'intérêt collectif et une rupture intentionnelle de l'égalité entre actionnaires. On a pu se demander si la formule de l'arrêt du 18 avril 1961 ne contenait pas une redondance : l'intérêt collectif, entendu dans son second sens d'intérêt de chacun dans la collectivité, étant nécessairement atteint en cas de rupture d'égalité (26). Il semble qu'il n'en soit rien. D'abord, la Cour de Cassation elle-même ne paraît pas prête à abandonner la référence à l'intérêt collectif comme élément constitutif de l'abus de majorité (27). Ensuite, en cas

(25) Com. 18 avril 1961, JCP 1961, II, 12164, note D.B. ; Grands arrêts jurispr. com., p. 231, HOUIN ; Com. 30 mai 1980, Rev. soc. 1981, 311, note D. SCHMIDT.

(26) SCHMIDT, op. cit., n° 202, ad notam.

(27) Par un arrêt du 22 avril 1976 (D. 1977, p. 4, note BOUSQUET ; G.P. 26 mars 1977, chr. GERMAIN, « L'abus du droit de majorité à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de Cassation » ; Rev. soc. 1976, 480, note SCHMIDT ; rev. jur. 1977, 93, note P. MERLE), la Cour de Cassation a jugé abusive une décision de mise en réserve des bénéfices aux motifs « qu'elle n'a répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société », ce qui constitue « le premier élément dont l'existence est nécessaire, sinon suffisante, pour caractériser l'abus du droit de majorité ».

d'avantage extérieur de certains actionnaires, le détour par cette notion ne peut être évité ; en effet, qu'on le qualifie comme on voudra, le préjudice invoqué par la minorité ne peut pas ne pas coïncider avec le préjudice social. Dès lors, en demandant au juge réparation du préjudice qu'elle subit, la minorité obligera du même coup le tribunal à statuer sur l'existence d'un préjudice collectif. Un tel préjudice devient donc indirectement un élément constitutif de l'abus de majorité.

306. — Mais, si les principes juridiques imposent cette solution, le juge ne sera-t-il pas nécessairement amené à apprécier l'opportunité de l'opération pour la société ? Ne doit-on pas craindre qu'en jugeant l'opération lésionnaire, il ne se mette à la place de la majorité pour dire que l'intérêt de la collectivité des actionnaires ne réclamait pas tel appauvrissement ou tel manque à gagner ? Ainsi exposée, cette conception de l'abus de majorité serait indéfendable puisqu'elle permettrait de substituer une appréciation de l'intérêt social par le juge à celle de la majorité qui a seule qualité à cette fin.

A bien y réfléchir cependant, il n'est pas certain que l'obligation pour le juge de se prononcer sur un préjudice subi par la société ne le conduise inmanquablement à un contrôle de l'opportunité de la gestion. En ce sens, certains ont proposé de limiter ce risque en restreignant le contrôle judiciaire dans sa mise en œuvre (A). Mais une telle limite semble cependant peu efficace dans les rapports de groupe. Aussi paraît-il préférable de cantonner le contrôle judiciaire dans sa portée (B).

A - RESTRICTION DU CONTROLE JUDICIAIRE DANS SA MISE EN ŒUVRE

307. — La loi de la majorité suppose que l'intérêt des majoritaires corresponde à l'intérêt de tous les actionnaires. Ce rapport est cependant douteux si la gestion des majoritaires vise un avantage qui leur est réservé et auquel ne peuvent par hypothèse prétendre les minoritaires. Sans doute serait-il prématuré de conclure à l'abus car cette gestion peut aussi être d'heureux effet pour la collectivité : il est légitime que certains de ses membres se réservent un traitement de faveur si c'est là la condition d'un meilleur service des intérêts de chacun des actionnaires. Cependant, cet avantage des uns dont ne peuvent disposer les autres, pourra être considéré comme suffisamment suspect pour justifier la saisine du juge. Ainsi, certains ont-ils suggéré que le constat préalable d'une rupture d'égalité entre actionnaires soit la condition indispensable à tout contrôle judiciaire de l'existence d'un préjudice social (28).

(28) En ce sens, v. HOVASSE, op. cit., p. 269, n° 272 ; GERMAIN, chr. précitée.

Cette opinion peut être approuvée sur un plan théorique. Il est en effet reproché à la majorité d'avoir cherché à satisfaire un intérêt personnel en acceptant délibérément, pour l'accomplissement de ses desseins, de léser les intérêts des actionnaires, les siens compris. Si donc, il résulte des circonstances que la majorité n'a pas entendu se favoriser dans le sein de la société cocontractante, le grief d'abus peut être exclu a priori.

308. — En pratique cependant, sa portée est mince : les seules hypothèses en effet où il ne sera pas permis de reprocher à une majorité de s'être favorisée correspondent à celles où, dans la réalité, elle ne s'est effectivement pas avantagée, ou encore lorsque l'opération passée avec le groupe aura été bénéfique à la société. Ainsi, lorsque celle-ci bénéficiera de services gratuits d'une autre société du groupe, il ne se trouvera vraisemblablement aucun actionnaire pour s'en plaindre. En revanche, lorsque, à tort ou à raison, l'opération sera jugée préjudiciable aux intérêts sociaux, c'est alors que sera invoquée l'existence d'un avantage majoritaire extérieur. Or, un avantage direct ou indirect de la majorité existera en fait chaque fois qu'une opération déséquilibrée aux dépens de la société sera passée avec une autre société du groupe. S'il existe en effet un tel déséquilibre, la société cocontractante s'en trouve du même coup avantagée. Or, par hypothèse, la majorité « a des intérêts » préexistants dans cette dernière (29) que, bien sûr, elle n'ignore pas. On pourra ainsi lui reprocher d'avoir délibérément rompu l'égalité entre actionnaires pour satisfaire ses intérêts personnels.

Il ne présente donc pas grand intérêt d'obliger le juge à constater au préalable l'existence d'un avantage extérieur. C'est le constat d'un préjudice social qui déterminera le succès ou l'échec de l'action en abus de majorité. Or, à ce point de vue, l'intervention du juge pourra être utilement limitée dans sa portée.

B - RESTRICTION DU CONTROLE JUDICIAIRE DANS SA PORTÉE

309. — Il est reproché à la majorité d'avoir cherché à satisfaire un intérêt personnel extérieur en acceptant délibérément de léser les intérêts des actionnaires, les siens compris. C'est donc le fait que la majorité a accepté en toute connaissance de cause de provoquer un préjudice social que le juge devra vérifier. On retombe là dans la difficulté désormais classique de la compatibilité entre l'indispensable autorité du principe majoritaire et de la non moins nécessaire sanction d'un comportement majoritaire abusif. Le

(29) Le législateur et la doctrine retiennent une conception si extensive de cette notion d'intérêt qu'en pratique toutes les situations de groupe peuvent être visées. (V. supra, n° 249 et s. ; infra, n° 327).

juge ne sera-t-il pas amené à induire le préjudice de l'inopportunité qu'il y avait par exemple pour la société de prêter ses fonds alors qu'elle en avait elle-même un besoin si crucial qu'elle a dû dans le même temps emprunter au secteur bancaire ? Si telle devait être la solution, le juge serait évidemment conduit à apprécier l'opportunité de la gestion et, le cas échéant, à substituer son appréciation à celle de la majorité.

310. — La solution est inadmissible ; mais s'impose-t-elle réellement ? Nous ne le pensons pas. En définitive, quand peut-on admettre qu'une opération de gestion a entraîné un préjudice social ? Dans une acception restrictive, la seule d'ailleurs qu'il soit permis de retenir, le préjudice, ce n'est pas le manque à gagner, c'est la perte. La remarque est importante : en effet, autant il sera toujours possible de reprocher à la majorité de n'avoir pas recherché le profit le plus grand, critique de pure opportunité, autant il lui sera difficilement reproché d'avoir causé un préjudice social lorsque l'opération de gestion n'aura entraîné aucune perte. C'est manifestement sur ce dernier plan qu'il faut se placer. Il convient de substituer une appréciation quantitative de l'intérêt social à une appréciation qualitative. Dès lors, il ne s'agit plus pour le juge de dire quel était l'intérêt de la société au regard de la situation préexistant à la décision litigieuse et de définir a posteriori ce que la société aurait dû faire. Il lui suffira de considérer l'opération accomplie, d'en évaluer la charge en résultant pour la société et de vérifier que le profit que pouvait en attendre la société était en rapport avec elle. Et la tâche ne dépasse pas les forces du juge, assisté d'experts. En effet, il est aujourd'hui possible, avec les progrès des sciences de gestion, de calculer au plus près l'intérêt qu'il y avait pour une entreprise de réaliser telle opération. Il suffit de tenir la balance entre l'ensemble des charges et des avantages qu'elle peut entraîner. Mais, s'il est aisé de déterminer le montant de ces charges (30), il peut paraître plus délicat d'évaluer celui des profits que peut attendre la société. Ses intérêts sont en effet dans le groupe et tout dépendra en définitive de l'évolution de la politique générale suivie par celui-ci. Mais, sans préjudice d'un aménagement adéquat du régime de la preuve (31), on peut observer que la jurisprudence ne s'est pas laissé arrêter par de telles difficultés. En effet, pour vérifier si une contrepartie sociale existe, elle ne considère plus isolément les prêts argués d'abus, qui sont par hypothèse même lésionnaires mais analyse l'ensemble des relations nouées entre les sociétés prêteuse et emprunteuse (32). Dès lors, de deux choses l'une, ou bien il existe une chance

(30) «Savoir, écrit F. GRUA (op. cit., p. 200, n° 183), si une entreprise est capable de supporter une charge donnée (... la prise en charge du passif d'une filiale) n'est, somme toute, qu'un banal problème de comptabilité analytique».

(31) Qui sera proposé, *infra*, n° 315 et s.

(32) Com. 29 mai 1972, JCP, 1973, II, 17337, note GUYON ; RTDco 1972, 930, n° 14, obs. HOUIN ; Bull. civ. IV, n° 164, p. 160 : «Mais attendu qu'après avoir minutieusement analysé sous tous leurs aspects et dans toutes leurs conséquences éventuelles les liens qui unissaient les deux sociétés ainsi que les rapports qui s'étaient établis entre elle et recherché

raisonnable de contrepartie résultant de rapports économiques qu'entre-tiennent prêteur et emprunteur, ou, peut-être simplement, une offre de compensation faite par la société dominante à la société appauvrie (33), et l'opération ne pourra être taxée d'abus en dépit d'un avantage majoritaire patent ; ou bien, nulle contrepartie ne peut résulter de ces rapports et l'abus sera consommé. Les deux hypothèses ont été examinées par la Cour de Cassation.

311. — Dans une première affaire, ayant donné lieu à un arrêt du 12 novembre 1973 (34), la Cour de Cassation eût à connaître d'une demande émanant d'un actionnaire, en nullité d'un prêt consenti par la société à une autre société dont certains administrateurs étaient communs. Outre la méconnaissance de l'obligation d'une autorisation préalable de la convention édictée par l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, la demande était fondée sur une « fraude » des dirigeants de la société prêteuse dirigée contre les actionnaires étrangers à leur famille. Sans doute la demande n'était-elle pas fondée sur un abus de majorité à proprement parler et les cas de fraude et d'abus de majorité ne doivent-ils pas être confondus. Mais l'objection n'est pas dirimante. En effet, nous avons observé que la fraude invoquée dans le cadre de l'article 40, comme dans celui de l'article 104-1^o de la loi du 24 juillet 1966, ne différerait guère dans sa définition de l'abus de majorité (35). D'ailleurs, la demanderesse (36) et la Chambre commerciale placent nettement le débat sur le terrain propre à l'abus de majorité (recherche d'un avantage extérieur des dirigeants au mépris des intérêts collectifs). La décision de la Chambre commerciale peut donc être utilement citée. En l'espèce, la demanderesse soutenait à l'appui de sa prétention que le seul but

notamment si la société PERNOT pouvait paraître s'être engagée à cautionner la société AUBERT et si elle avait d'une manière quelconque exposé sa responsabilité à cet égard, la Cour d'Appel» Adde : com. 21 octobre 1974, Rev. jur. com. 1975, p. 387, note CHARTIER : «... lorsqu'à l'intérieur d'un groupe de sociétés, les dirigeants communs ont systématiquement utilisé les fonds de l'une d'elles pour permettre aux autres de survivre ou de s'enrichir... il convient, pour apprécier si les intérêts de la société prêteuse... ont été sauvegardés, d'analyser les opérations non pas isolément mais dans leur ensemble et dans leur succession...».

(33) Dans la célèbre affaire Fruehauf-France, la Cour d'Appel de Paris (22 mai 1965, D. 1968, 147 ; JCP 1965, 77041, concl. av. gén. NEPVEU ; RTDco, 1965, 619, obs. RODIERE) a incidemment observé que la société-mère américaine n'avait pas manifesté son intention de réparer le préjudice qu'elle causait à sa filiale française en refusant que celle-ci livre à son fournisseur l'important matériel commandé. A contrario, si la société-mère avait offert d'indemniser sa filiale, ne peut-on pas penser que la solution rendue eût peut-être été différente ?

(34) Com. 12 novembre 1973, précité.

(35) V. supra, n° 265.

(36) On comprend que la demanderesse ait retenu le grief de fraude : d'une part, l'abus de majorité était inconcevable en l'absence, comme en l'espèce, d'une délibération de l'assemblée. D'autre part, la fraude, seule, à la différence de l'abus de majorité, peut entraîner la nullité de la convention. Mais encore faut-il démontrer la complicité du tiers cocontractant, ce qui n'a été ni établi, ni même allégué et peut indiquer que la demande ne se référait pas à la fraude en tant que

de l'opération était de retarder une liquidation des biens « inéluctable » de la société emprunteuse, ce qui avait entraîné un préjudice pour les actionnaires, cette dernière société ayant été dans l'impossibilité de rembourser la somme prêtée. L'avantage personnel des majoritaires, seuls intéressés dans la société bénéficiaire, était, il est vrai, patent. Mais existait-il un préjudice pour l'ensemble des actionnaires, que la majorité aurait délibérément provoqué ? La Cour de Cassation ne l'a pas pensé. S'appropriant les motifs des juges du second degré, elle déclare que « l'intérêt de cette opération était incontestable puisqu'elle permettait d'aider financièrement cette entreprise filiale qui, par son objet, était à même de lui apporter une clientèle importante ; que sans doute la SOVEMAT a été mise en liquidation de biens..., mais que la simple comparaison des dates fait apparaître que le risque pris par la société LACURE tant au regard de la situation en 1965-1966 de la SOVEMAT qu'à celui de son propre chiffre d'affaires était relativement minime et peut-être considéré comme constituant pour elle un risque commercial classique en faveur d'une société dont l'activité lui était utile... ; qu'il est certain que la société LACURE a retiré quelques avantages de cette convention qui lui a permis d'aider la SOVEMAT dont l'activité contribuait à sa propre expansion ». L'intérêt n'est donc pas apprécié sur un plan qualitatif (37). Il est déduit d'une certaine interdépendance des deux entreprises. En servant les intérêts d'autrui, la société satisfait indirectement les siens et retire de l'opération « quelques avantages », « certains » et « incontestables ». Dès lors le comportement de la majorité ne saurait être abusif.

312. — C'est aussi parce que la société ne retirait aucun avantage du financement consenti que l'abus de majorité a été retenu par la Cour de Cassation dans un deuxième arrêt du 29 mai 1972 (38). En l'espèce, le litige portait également sur un soutien financier accordé par une société anonyme à une SARL qui était sa filiale. Mais, cette fois-ci, les deux sociétés exerçaient une activité entièrement différente et étaient toujours restées distinctes sans qu'aucune confusion ait pu être relevée dans leurs patrimoines respectifs. De 1965 à 1967, le président de la société anonyme qui était également le gérant de la SARL avait consenti sur les fonds de la première d'importants prêts à la deuxième sans y être autorisé. Ces soutiens financiers restant insuffisants, le groupe majoritaire décida, en assemblée, de mettre fin à l'exploitation de la SARL et de prendre en charge, contre l'avis des minoritaires, l'intégralité de son passif. C'est cette résolution d'assemblée qui fut annulée pour abus de majorité. Des circonstances de l'affaire, longuement analysées par les juges d'appel, il résultait en effet que la société prêteuse, en

(37) Peut-être même, d'ailleurs, eût-il été plus opportun de laisser dépérir la filiale plutôt que de devoir produire pour des montants importants à sa liquidation des biens.

(38) Com. 29 mai 1972, JCP 1973, II, 17337, note GUYON.

tant que telle, n'avait rien à attendre de la filiale bénéficiaire. Les deux entreprises étaient économiquement tout à fait étrangères et n'entretenaient pas de relations commerciales. Aucun contrat, ni même une faute délictuelle ne pouvait, même éventuellement, obliger la société anonyme à répondre du passif de la SARL.

La Cour d'appel avait même considéré que la ruine de la filiale n'aurait pu, en l'espèce, porter atteinte à la réputation commerciale de la société-mère. Ni contrepartie, ni même restitution des fonds (39) ne pouvait être espérée. A défaut de tout intérêt social, même quelconque dans sa nature (40), l'opération ne pouvait être qu'abusive puisque, dans le même temps, l'un des actionnaires majoritaires profitait de la décision de son groupe, qui la permettait, pour tenter de se dégager de la responsabilité qu'il encourait à titre de dirigeant de la filiale secourue.

Il est clair, par conséquent, que l'obligation pour le juge de se prononcer sur l'existence d'un intérêt de la société ne le conduit nullement au contrôle de l'opportunité de la gestion des affaires sociales. Il est même possible de faciliter la tâche du juge en aménageant dans un sens plus favorable aux minoritaires le régime de la preuve. On pourra le vérifier maintenant.

SECTION II

La preuve de l'abus de majorité

313. — C'est évidemment aux minoritaires demandeurs qu'il incombe d'établir l'abus de majorité : *actori incumbit probatio*. Il leur faudra donc non seulement démontrer l'avantage extérieur des majoritaires, mais aussi le préjudice social duquel procède le leur.

Certes, l'avantage résultant du contrat pour la majorité ou certains de ses membres, à raison de la participation détenue ou des fonctions (41) occupées dans la société emprunteuse (42), ou, plus généralement, de leurs

(39) Concomitamment à la décision de prise en charge du passif, l'assemblée générale décidait l'arrêt d'exploitation de la filiale. Elle privait donc la société à l'avance de tout espoir de recouvrer les capitaux avancés.

(40) V. com. 29 mai 1972, précité : la Cour d'Appel « n'a nullement excédé ses pouvoirs en recherchant si la décision incriminée présentait pour la société un intérêt quelconque ».

(41) L'article 135-1^o du décret du 23 mars 1967 oblige la société à indiquer aux actionnaires les autres sociétés dans lesquelles les administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire et du conseil de surveillance exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance.

(42) La preuve de l'avantage extérieur des majoritaires devrait, en principe, découler du rapport spécial des commissaires aux comptes (art. 103-3^o, loi du 24 juillet 1966 ; 92, décret du 23 mars 1967) dont la communication aux actionnaires s'impose chaque fois qu'un dirigeant possède un intérêt, au moins indirect, à une convention insolite ou contenant des conditions anormales (v. *supra* n^o 231 et s.).

intérêts dans le groupe, peut être assez facilement établi chaque fois que l'opération est traitée à des conditions que le cocontractant, isolé, ne pouvait obtenir. Cependant, les plus graves difficultés naissent lorsqu'il s'agit d'établir le préjudice invoqué par la minorité. Ce préjudice est en effet lié à l'absence de toute contrepartie venant rééquilibrer les charges infligées à la société (43). En réalité, c'est bien l'impossibilité de tout avantage futur de cet ordre que devrait établir la minorité. C'est à la preuve d'un fait négatif qu'elle serait tenue. Or, comment acquérir la conviction que le groupe refusera à tout jamais ses services à la société, ce qui rendrait seule inéluctable la perte sociale entraînée par l'opération attaquée ? Il faudrait pouvoir scruter les mobiles profonds des dirigeants du groupe ou, pour le moins, avoir une vue d'ensemble sur leur politique de façon à déceler le rôle exact et les chances de la société sacrifiée dans l'avenir.

314. — Il est douteux qu'un commissaire aux comptes, dont la mission est limitée, hors de la société contrôlée, à sa société-mère et ses filiales, le puisse. Peut-être la solution réside-t-elle alors dans la nomination d'un « expert de la minorité » (44). De fait, sa mission peut être fort étendue. Ainsi peut-il être commis, comme dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 11 mars 1970 de la Cour de Rouen (45), pour rechercher « les raisons profondes et le but » d'avances opérées à l'intérieur d'un groupe de sociétés qui ont eu pour effet, ainsi que les différentes opérations qui les ont précédées, de vider de sa substance le patrimoine de la société prêteuse et de faire cesser toute exploitation. A cette fin, l'expert peut avoir pour mission de rechercher les relations ayant existé entre les sociétés depuis un certain nombre d'années, de les décrire et d'en chiffrer le montant (46).

Cependant, la condition de représentativité d'un dixième du capital exigée par la loi a, en pratique, pour effet de limiter le prononcé de cette mesure au cadre des « sociétés de famille » et de l'exclure s'agissant de sociétés de très grande dimension (47).

(43) « Au reproche d'avoir favorisé une autre société, la majorité répondra que celle-ci consentira en retour des sacrifices équivalents. Ainsi, pour contester la réclamation minoritaire, la majorité se retranche derrière l'appréciation qu'elle porte souverainement sur le choix d'une politique sociale » (SCHMIDT, op. cit., n° 218).

(44) Cette faculté pour les actionnaires de provoquer un complément d'information est prévue par l'art. 226 de la loi du 24 juillet 1966. Selon ce texte, « un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert ».

(45) Rouen, 17 mars 1970, D. 1971, 177 ; G.P. 1970, 2, 236 ; JCP, éd. C.I. 1970, 89442, obs. N. BERNARD ; rev. soc. 1971, 59, note J.H. ; RTDco 1970, 727, n° 10, obs. HOUIN.

(46) Cf. LAMY, « Sociétés », 1978, n° 1195 et réf. cit.

(47) Selon la jurisprudence, d'autres conditions sont requises : d'abord, les opérations pour lesquelles la mesure est sollicitée doivent être nettement précisées, l'expert ne pouvant vérifier l'ensemble de la gestion sociale (v. Rennes, 22 mai 1973, G.P. 1973, 2, jurispr., p. 700, note PLEISSE ; com. 25 mars 1974, JCP 1974, II, 17853, note CHARTIER) ; il faut qu'il y

315. — Aussi se demandera-t-on s'il n'est pas possible d'aménager les règles classiques de preuve dans un sens plus favorable aux actionnaires minoritaires. On remarquera d'abord avec intérêt que la doctrine n'a jamais reconnu un caractère absolu à la règle « *actori incumbit probatio* ». « À peine de l'obliger à l'impossible, écrit à cet égard M. VASSEUR (48), le demandeur n'a pas à apporter la preuve complète de son bon droit. Il lui faut seulement établir le bien-fondé préalable de sa prétention par la preuve des éléments essentiels de celle-ci ; la preuve des autres éléments est alors présumée en vertu d'une présomption de fait extra-légale qu'il appartient au défendeur de détruire ». Et, cet auteur d'ajouter (49) : « il en est notamment ainsi lorsque celui-ci (le défendeur) apparaît plus apte à faire cette preuve, en particulier parce que la preuve qui lui incombe est la preuve de faits positifs, alors que la preuve qui incombait au demandeur serait celle de faits négatifs ». Et la jurisprudence, rendue en matière d'abus de majorité, n'est pas restée insensible à cette argumentation. Certains arrêts n'obligent en effet les minoritaires qu'à produire les seules preuves qu'ils sont capables de fournir et qui paraissent d'ailleurs essentielles au soutien de leur prétention : le préjudice immédiat résultant de l'opération pour la société et l'existence d'un avantage majoritaire exclusif à l'extérieur de celle-ci. Mais, une fois ces éléments établis, tout se passe, dans cette conception, comme si une présomption simple d'abus pesait sur la majorité, ce qui aboutit en réalité à un renversement du fardeau de la preuve (50) et à une modification de l'objet de celle-ci. C'est en effet à la majorité qui s'est avantagée de justifier d'une contrepartie résultant à terme pour la société.

316. — Cette démarche est particulièrement bien illustrée dans un arrêt de la Cour de Douai du 23 février 1971 (51), approuvé par la Cour de Cassation le 8 janvier 1973 (52). En l'espèce, le Conseil d'administration d'une société avait donné les deux fonds de commerce de celle-ci en location-gérance à une autre société qui avait été constituée à cet effet par le groupe

ait quelque raison de les suspecter (v. Lyon, 18 décembre 1976, Bull. Joly, 1977, 619). La demande ne sera toutefois recevable que si, en outre, elle émane d'actionnaires qui demeurent insuffisamment informés après avoir mis en œuvre, mais sans résultat, les moyens normaux d'information et de contrôle dont ils disposent (Douai, 10 juillet 1970, rev. soc. 1970, 662 ; Paris, 7 janvier 1976, rev. juris. com. 1976, 186 ; T. com. Paris, réf., 11 déc. 1970, rev. soc. 1971, 199 ; T. com. Rouen, réf., 30 avril 1971, rev. soc. 1971, 562). Cela étant, il n'est pas exigé que les actionnaires minoritaires aient d'abord vainement interrogé le président du Conseil d'administration ou les commissaires aux comptes (Paris, 12 janvier 1977, JCP 1978, II, 18823, note CHARTIER).

(48) M. VASSEUR, RTD civ. 1950, p. 440 et s., spéc., p. 462, n° 24.

(49) M. VASSEUR, op. cit., p. 463 et les exemples relevés.

(50) Comp. la solution allemande (paragr. 309-2° Akt. du 6 septembre 1965) qui impose en cas de litige aux dirigeants du groupe la charge de démontrer qu'ils ont agi avec la diligence d'un « dirigeant soigneux et consciencieux ».

(51) Douai 23 février 1971, jour. agréés-rev. jur. com. 1971, 643 ; RTDco 1972, 928.

(52) Com. 8 janvier 1973, Bull. info. sociétés 1973, p. 283.

majoritaire de la première. Certains actionnaires minoritaires avaient demandé la nullité de ces opérations sur le fondement de l'abus de majorité. Ils avaient été en mesure d'établir que celles-ci aboutissaient à un véritable transfert des fonds, puisqu'à l'expiration du contrat, le locataire était en droit de conserver le matériel et les marchandises tout en pouvant se rétablir. Dès lors, ce dernier conservait du même coup la clientèle et s'appropriait donc en fait les fonds loués qui n'existaient plus pour la société bailleresse. L'avantage unilatéral et exclusif des majoritaires résultait suffisamment de la constitution d'une société de gérance destinée à recevoir l'essentiel des actifs de l'autre société, où leurs intérêts étaient seuls représentés. Il semble que la Cour de Cassation se soit fondée sur ces éléments pour présumer la méconnaissance par les majoritaires de l'intérêt social, présomption qu'il leur appartenait de renverser : ainsi que le relève la chambre commerciale, «... l'arrêt retient que les conditions dans lesquelles s'est effectuée la location-gérance ont porté préjudice à la société Maillard Frères et ont été équivalentes à sa disparition au profit des associés majoritaires, membres de la société Maillard Fils : **que les raisons données par ces associés n'apportent aucune justification des décisions prises** ».

317. — C'est une solution du même ordre qu'a donnée la Cour de cassation dans son arrêt du 29 mai 1972 (53). Dans cette affaire, c'est la prise en charge du passif d'une filiale en détresse qui était considérée comme abusive par un groupe minoritaire. Or, d'une part, le caractère anormal de l'opération était suffisamment établi en raison de la décision prise simultanément par la société-mère d'arrêter l'exploitation de sa filiale, ce qui excluait bien évidemment à l'avance toute contrepartie future. D'autre part,

(53) Com. 29 mai 1972, précité ; V. égal. Com. 11 octobre 1967, Bull. p. 305, n° 319, RTDco 1968, p. 94, obs. HOUIN : doit être approuvée la Cour d'appel qui, «... saisie des conclusions par lesquelles G. faisait valoir que les décisions litigieuses, prises à son préjudice, étaient contraires à l'intérêt social, relève, sans commettre aucun renversement du fardeau de la preuve, (ce que soutenaient les majoritaires en affirmant "que les défendeurs à l'action n'avaient nullement à justifier devant les juges du fond de l'intérêt de la fusion et qu'au surplus, la question de savoir si cette opération était ou non avantageuse pour la société soulevait un problème de pure opportunité que l'A.G.E. avait seule qualité pour résoudre") que les raisons de la fusion ne sont précisées ni dans le traité des 1^{er} et 8 novembre 1963, ni dans la délibération du 13 décembre 1963, ni même dans les écritures de Delage et de la dame Conrozier, que l'examen des comptes annuels, sur lesquels les parties sont d'accord, permet de constater que le chiffre d'affaires de la "Clinique Mistral" et le nombre des malades qui y étaient soignés ne cessaient d'augmenter régulièrement, que c'est seulement en plaquant que Delage et dame Conrozier ont allégué que la fusion devait permettre d'améliorer l'équipement de la clinique mais que n'apparaît pas pour autant l'intérêt d'une fusion avec une société anonyme au modeste capital de 10.000 francs, alors que les apports de la société absorbée ont été évalués par les commissaires aux comptes à la somme de 799.600 francs et alors que rien n'établit que Goubert ne soit opposé à une rénovation du matériel d'équipement de la clinique ; qu'en s'expliquant de la sorte sur les prétentions dont elle était saisie, la Cour d'appel n'a nullement excédé ses pouvoirs ». On notera que le législateur a partiellement consacré cette solution : l'art. 254 du décret du 23.03.1967 prévoit en effet que le projet de fusion doit obligatoirement mentionner, notamment, les buts et motifs de l'opération.

la prise en charge du passif tendait exclusivement à mettre à couvert la responsabilité du dirigeant commun, ce qui démontrait l'existence d'un profit majoritaire exclusif et permettait dès lors de présumer la négation de l'intérêt collectif de la société-mère.

Ici encore, il est permis de considérer que la Cour de Cassation a mis à la charge des défendeurs la preuve contraire : « attendu **qu'en l'absence de toute motivation justifiée**, la délibération litigieuse avait été prise sans aucun égard pour l'intérêt social ».

Ces solutions ont le mérite de décharger la minorité d'un fardeau extrêmement lourd, en particulier dans le cas de l'insertion de la société dans un groupe où, sauf dans des hypothèses très particulières, il ne sera en pratique guère possible de démontrer l'absence de toute contrepartie future. Du même coup, elles lèvent l'un des plus graves obstacles à la sanction de l'abus de majorité.

SECTION III

Sanctions de l'abus de majorité

318. — L'action fondée sur un abus de majorité est fondamentalement une action en responsabilité (54). Mais, à la différence d'une ordinaire action en responsabilité contre les dirigeants sociaux qui suppose, outre une infraction aux lois et règlements, une violation des statuts ou une faute de gestion, que l'acte attaqué ait entraîné un préjudice social (55), une « barrière supplémentaire » (56) est mise à l'intervention du juge dans le cas d'un abus de majorité : le nécessaire constat d'une rupture d'égalité entre actionnaires.

En principe, la réparation de l'abus se fait en nature. Même intrinsèquement valide — la majorité étant régulièrement formée et délibérant selon les formes prescrites —, la résolution ne saurait valoir comme décision sociale obligatoire à raison de son caractère abusif. La sanction normale de l'abus est donc la nullité de la délibération d'assemblée.

Mais l'annulation de la décision collective entachée d'abus ne peut aboutir à remettre en cause la validité d'un contrat passé avec un tiers (57). La nullité apparaît en effet comme une mesure purement interne, destinée à

(54) D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 233 ; l'action en abus de majorité est indéniablement une action sociale et non fondée sur un droit propre de l'associé. Mais comme les organes de gestion, à qui profiteront les opérations abusives, s'abstiendront d'agir, l'action sera habituellement intentée par un actionnaire minoritaire agissant *ut singuli* (s. ces points et le régime de l'action, v. les développements de M. SCHMIDT, *op. cit.*).

(55) Articles 52, 244 et 249, loi du 24 juillet 1966.

(56) GERMAIN, *art. précit.*, G.P. 25-26 mars 1977.

(57) Ce n'est qu'exceptionnellement que son efficacité pourra être affectée : ainsi, dans le cas où le contrat, signé entre les représentants légaux des sociétés contractantes, est soumis à la condition suspensive de son approbation par l'assemblée générale des actionnaires, si cette assemblée est annulée pour abus de majorité.

remettre en bon ordre les affaires des actionnaires. La solution inverse aboutirait à faire bon marché de la personnalité de la société. Ce ne sont pas les actionnaires majoritaires qui traitent directement avec la société cocontractante, c'est la société, personne juridiquement distincte de ceux qui la gouvernent. Or, la volonté sociale n'est nullement viciée par l'abus de majorité : comme l'affirme la doctrine (58), la loyauté du capital dirigeant ne peut en être considérée comme une condition de validité. D'ailleurs, on remarquera que, si le législateur a écarté toute incidence d'une désapprobation expresse de l'assemblée sur la validité de contrats pourtant particulièrement dangereux pour la société (59), il ne peut en aller différemment en cas d'approbation entachée d'abus. Que les associés contestent ou autorisent illégitimement le rapport de droit conclu avec un organe de gestion, les tiers méritent toujours en principe la même protection.

319. — La seule sanction efficace sera donc la mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de l'abus. La majorité devra reverser dans la caisse sociale les montants correspondant à la valeur du préjudice qu'elle a infligé à la société en abusant de son influence à l'assemblée dans son intérêt personnel. Le principe est indiscutable, puisque le droit français ignore autant la notion de contrepartie minoritaire que celle d'indemnité minoritaire. On estimera cependant ici son application paradoxale, puisque les dommages-intérêts profiteront indirectement non aux seuls minoritaires, mais aussi aux majoritaires, auteurs de l'abus. Pourtant, il ne paraît guère souhaitable de modifier cette solution : sinon il faudrait aussi, en toute raison, donner aux minoritaires le droit d'exiger égal avantage alors même que la gestion majoritaire n'aurait occasionné aucune perte pour la société. Il paraît cependant certain que l'anomalie (60) attachée au fait que celui qui sert l'indemnité en est aussi indirectement le bénéficiaire contribue à expliquer la répugnance des tribunaux à sanctionner l'abus par une condamnation à des dommages-intérêts. La raison principale est cependant ailleurs : elle réside essentiellement dans les difficultés de détermination des véritables responsables de l'abus, puisqu'aussi bien la « majorité » est avant tout une masse anonyme d'apporteurs de capitaux (61). C'est là, semble-t-il, l'une des causes principales de la relative rareté du contentieux de l'abus de majorité et, en revanche, de la préférence marquée des minoritaires pour la voie pénale.

(58) SCHMIDT, *op. cit.*, n° 237 ; comp. N. BERNARD, note sous com. 16 octobre 1972, JCP 1973, II, 17532.

(59) Cf. art. 104 et 146, loi du 24 juillet 1966.

(60) Il ne s'agit pas là d'une hypothèse unique : la jurisprudence, en matière de distribution fautive de crédit, en fournit d'autres exemples. Elle admet à présent qu'un banquier, reconnu responsable du préjudice causé à la masse, peut être condamné à la réparer envers celle-ci, alors même qu'il y appartient lui aussi (v. *infra* n° 376).

(61) Pour lever l'obstacle, M. SCHMIDT (*op. cit.*, n° 249 et s.) a proposé de rechercher, très largement, non seulement les instigateurs de la résolution abusive, à proprement parler, — l'influence exercée par ces personnes pouvant notamment se déduire de l'examen des listes de présence — mais encore tous les autres actionnaires à qui cette résolution aura profité, lesquels seront alors tenus in solidum de réparer le préjudice causé.

CHAPITRE II

PRÊTS INTER-GROUPE ET ABUS DES BIENS SOCIAUX

320. — Lorsque les dirigeants, dans l'intérêt supérieur du groupe, mobilisent les ressources sociales pour les affecter en prêts et avances à d'autres sociétés dans lesquelles, par hypothèse, ils possèdent « des intérêts », commettent-ils le délit d'abus de biens sociaux ? Indéniablement, c'est là la question à laquelle les milieux d'affaires sont le plus sensibilisés (62), à telle enseigne, d'ailleurs, que très souvent la licéité des financements inter-groupe ne leur paraît soulever de véritables difficultés que sur le terrain pénal.

Le juriste en sera peut-être surpris. En effet, la portée donnée par la jurisprudence à l'article 408 du code pénal réprimant l'abus de confiance permettait déjà de régir quasiment toutes les hypothèses d'usage abusif des biens sociaux, même en l'absence de véritables détournements ou dissipations d'actifs effectués par les organes de gestion (63). Dès lors, le délit d'abus de biens sociaux, introduit par le décret-loi du 30 octobre 1935 et aujourd'hui prévu aux articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966 (64), pouvait apparaître médiocrement novateur.

(62) Quelques affaires, sur lesquelles nous reviendrons, ont défrayé la chronique : affaire du Bon Marché, Paris 9 janvier 1952, JCP 1952, II, 6970, note BASTIAN ; affaire du Comptoir National du Logement, crim. 8 février 1968, Bull. crim. n° 42, p. 95 ; cf. GORE « l'affaire du C.N.L. et les délits relatifs à l'administration des sociétés », JCP 1964, I, 1855 ; affaire Agache-Willot, cf. TROCHU, JEANTIN et LANGE « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés », D. 1975, chr. p. 7 ; SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social (Réflexions à propos d'un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 16 mai 1974 dans l'affaire Willot-Saint Frères) », JCP 1975, CI, 11816 ; LACOSTE, « Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot », JCP 1975, CI, 11855 ; DELAISI, « L'affaire Agache-Willot et le problème général des groupes de sociétés », G.P. 11-12 juin 1975).

(63) VERDIER, « l'abus de mandat social », in « le droit pénal des S.A. » sous la direction de J. HAMEL, spéc., p. 187 et s.

(64) Renvoient à ces textes, les articles 460 (sociétés en commandite par actions) et 464 (sociétés anonymes à directoire). L'incrimination est également prévue par l'article 488 de la loi à l'encontre des liquidateurs de sociétés ; le législateur punit d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2.000 à 40.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, les gérants de SARL ou de sociétés en commandite par actions, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, de mauvaise foi, auraient fait, des biens ou du

321. — A la vérité cependant, la création de ce délit comporte un double intérêt. D'abord, il permet la sanction des actes d'usage abusif qui échappaient encore à l'article 408 du code pénal (65). Ensuite, certains agissements peuvent désormais être réprimés au prix d'une interprétation moins contestable de ce texte (66). Ainsi, l'octroi de prêts et avances peut constituer un usage abusif des biens sociaux, même si, en définitive, la société bénéficiaire, au sein de laquelle le dirigeant occupe une position avantageuse, n'en a pas effectivement profité.

En effet, le délit peut être constitué par une simple inscription à un compte sans donner lieu à un paiement effectif (67). La solution est la conséquence logique d'une interprétation jurisprudentielle devenue classique du premier élément de l'infraction : l'acte contraire à l'intérêt social doit, selon la Cour de Cassation, s'entendre de tout acte diminuant, sans avantage pour la société, ses actifs ou soumettant ces derniers à des risques auxquels ils ne devaient pas être exposés (68). Deux catégories d'actes peuvent donc être combattus, ceux causant une perte effective à la société mais aussi ceux qui l'exposent seulement à un risque de perte dès lors qu'ils ne seraient pas justifiés par l'intérêt collectif.

crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

(65) On rappellera qu'à côté de l'abus des biens sociaux, les articles 425, 437, 460 et 464 de la loi du 24 juillet 1966 incriminent également l'abus du crédit social et l'abus des pouvoirs ou des voix possédés par les dirigeants. Ces délits distincts sont parfois retenus également par la prévention, voire confondus avec l'abus des biens sociaux. De fait, il est bien évident que toute opération constitutive d'un abus de biens peut aussi, indirectement, porter atteinte au crédit de la société : si elle aboutit à une perte effective, la « surface » de celle-ci s'en trouve diminuée ; de même la société peut souffrir en raison de la déconsidération de ses dirigeants dans le public. Cependant, les deux délits ne doivent pas être confondus. De même, on ne saurait affirmer (en ce sens, VERDIER, *op. cit.*, p. 205 et 207) que l'abus des pouvoirs fait double emploi avec l'abus des biens, car user de ses pouvoirs n'est pas nécessairement user des biens de la société. Sans doute, les décisions habituellement citées comme des exemples d'abus de pouvoirs constituent souvent aussi de bonnes illustrations d'abus de biens ou de crédits sociaux (T. cor. Seine, 16 mai 1964, G.P. 1964, 2, 368, partiellement infirmé par Paris, 18 mai 1965, G.P. 1965, 2, 260 ; crim. 7 mars 1968, Bull. crim. n° 80, p. 189). Mais cela tient essentiellement au fait que les pouvoirs des administrateurs s'exercent généralement sur les biens et le crédit de la société. Il est cependant des hypothèses où seule la qualification d'abus de pouvoirs semble concevable. Ainsi, le fait de stipuler un prix ou des conditions de paiement anormalement favorables au cocontractant par rapport aux modalités du marché, peut constituer un abus de pouvoirs. Le fait de ne pas réclamer le paiement de fournitures livrées par la société, en connaissance des difficultés financières de celle-ci, peut constituer un abus de pouvoirs, mais aussi, semble-t-il, de crédit. On peut en effet considérer (cf. crim., 15 mars 1972, Bull. crim., n° 107, rev. soc. 1973, p. 357, note BOULOC ; RTDco 1973, p. 574, n° 13, obs. HOUIN) que ne pas exiger un paiement équivalait à consentir volontairement un délai de paiement, donc à faire crédit.

(66) Cf. not. VERDIER, *op. cit.*, p. 194 ; TOUFFAIT, ROBIN, AUDUREAU, LACOSTE, « Délits et sanctions dans les sociétés », 1973, 2^e éd., p. 256.

(67) Crim. 10 novembre 1964, JCP 1965, 2, 146, note R.D.M. ; crim. 9 mai 1973, D. 1974, 271 ; rev. soc. 1973, 696, note BOULOC.

(68) Crim. 16 janvier 1964, D. 1964, 194, note J.M. ; 3 mai 1967, Bull. crim., 350 ; 8 décembre 1970, JCP 1972, II, 17125.

322. — Les prêts et avances se rangent plus typiquement au nombre des seconds. Si, en effet, dans certains cas, ils sont susceptibles de provoquer par eux-mêmes une perte (69), ils impliquent toujours la survenance de certains risques : risque, d'abord, de non-recouvrement des sommes avancées ; mais également, risque d'illiquidité, puisque la substitution d'un droit de créance à un actif liquide peut mettre la société prêteuse dans l'impossibilité de faire face à ses propres engagements lorsque sa situation financière personnelle est obérée.

323. — Mais, réduite à un simple risque de perte, l'incrimination serait évidemment tout à fait arbitraire : tout dirigeant expose le patrimoine social à certains risques et il serait pour le moins hasardeux de déclarer a posteriori que tel risque aurait pu être évité à la société. L'opportunité de la gestion est l'affaire exclusive des organes de gestion régulièrement investis par la majorité des actionnaires. Ces derniers, en entrant dans la société, ont délibérément accepté de courir un risque de perte. Comment, dès lors, le juge, autorité extérieure, pourrait-il se permettre d'apprécier des actes de gestion ? La difficulté, d'ailleurs classique, n'est pas insoluble si l'on accepte, d'une part, de raisonner à partir d'une norme de comportement s'imposant aux dirigeants sociaux et si l'on s'attache, d'autre part, à la finalité de l'action poursuivie par eux. Telle est la démarche du droit positif : il existe des risques qu'un dirigeant normalement diligent et consciencieux n'aurait pas dû faire courir à la société pour obtenir un avantage purement personnel à travers son action. Mais, il faut le souligner, à eux seuls ni la recherche d'un intérêt personnel, ni le sacrifice de l'intérêt collectif ne sont abusifs. L'abus ne sera consommé que si le dirigeant entend s'avantager en infligeant en toute connaissance de cause une charge à la société. Autrement dit, un dirigeant social peut s'octroyer un avantage personnel pourvu que le prix de son obtention ne soit pas la soumission des actifs sociaux à un risque anormal de perte.

(69) En particulier lorsque le prêt est octroyé gratuitement : le prêteur renonce en effet alors à compenser les coûts de l'érosion monétaire et celui, le cas échéant, de sa propre charge d'emprunt.

SECTION I

Le but personnel

324. — Le dirigeant (70) doit avoir usé des biens sociaux à des fins personnelles (71). Cette condition a été critiquée par certains auteurs qui ont craint qu'elle n'aboutisse à laisser impunis des agissements nettement frauduleux (72). On s'en étonnera car cet élément constitutif du délit est assurément nécessaire. Il ne peut y avoir abus sans une volonté de s'avantager personnellement. Admettre la solution inverse aboutirait à confondre la faute civile de gestion, liée simplement à l'existence d'un préjudice social en relation avec les agissements du dirigeant, et l'abus pénalement répréhensible. Réduit à la méconnaissance de l'intérêt social, le délit aurait en outre les plus fâcheuses conséquences sur le plan économique : l'action des entrepreneurs les plus dynamiques serait en effet freinée et leur politique lénifiée par la menace de poursuites correctionnelles (73). On peut cependant se demander si l'exigence d'une poursuite de fins personnelles constitue réellement un obstacle à la répression dans les groupes de sociétés.

325. — Le législateur, comme la jurisprudence, ont en effet retenu de la notion d'intérêt personnel une acception extrêmement extensive. De fait, la loi dispose que l'usage des biens sociaux doit être fait « **à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société** » dans laquelle le dirigeant est **intéressé directement ou indirectement**. En réalité, elle déduit l'existence d'un avantage personnel du dirigeant des intérêts directs ou indirects qu'il possède dans le sein de la société favorisée (74). La démarche est adroite : il suffira

(70) Seules peuvent commettre le délit d'abus de biens sociaux les personnes formellement désignées par la loi, c'est-à-dire les gérants de SARL (art. 425-4°, loi du 24 juillet 1966), de commandite par actions (art. 460), le président, les administrateurs ou directeurs généraux d'une société anonyme de type classique (art. 437-3°), les membres du directoire et du Conseil de surveillance dans les sociétés anonymes de type nouveau (art. 464) ainsi que les liquidateurs de sociétés (art. 488). De plus, les articles 431, 461 et 464-2° de la loi du 24 juillet 1966 disposent que sont également visées par les textes précédents toutes les personnes qui, directement ou par personne interposée, auront en fait exercé la gestion de la société sous le couvert ou aux lieu et place de ses dirigeants légaux. En revanche, ne tombent pas sous le coup du délit d'abus des biens sociaux, les employés de la société quel que soit leur rang, même s'il s'agit de directeurs spécialisés ou de fondés de pouvoirs (v. crim. 17 janvier 1956, Bull. crim. 1956, n° 68).

(71) Art. 425-4°, 437-3°, loi du 24 juillet 1966.

(72) TOUFFAIT, ROBIN, ANDUREAU, LACOSTE, « Délits et sanctions dans les sociétés », 1973, 2^e éd., p. 264, n° 253.

(73) Cf. TROCHU, JEANTIN et LANGE, art. précit., D. 1975, chr., p. 15 : « Cette condition supplémentaire s'explique, en réalité, par des considérations économiques. Dans un régime d'économie libérale, l'esprit d'entreprise implique que les mandataires sociaux puissent faire des paris audacieux et aléatoires sans encourir systématiquement des sanctions graves au motif qu'ils font prendre à la société certains risques ».

(74) En ce sens, v. TROCHU, JEANTIN, LANGE, op. et loc. cit.

d'établir l'intérêt pour démontrer la réalité de l'avantage. On comparera avec profit les dispositions de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 qui, procédant de la même manière, assujettissent à l'autorisation préalable du Conseil d'administration de la société « toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux » de même que celle à laquelle il est « indirectement intéressé... ou dont il profite par personne interposée », l'intérêt indirect étant présumé si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou du Conseil de surveillance de l'entreprise cocontractante.

Le rapprochement des deux textes est fécond en ce qu'il montre que la loi pénale, comme la loi commerciale (75), permet de couvrir en pratique toutes les situations de groupe. Mais il a aussi d'évidentes limites : si, dans le cadre d'une procédure de contrôle et à titre préventif, il est permis de présumer la recherche d'un avantage personnel à partir du constat de la préexistence d'un intérêt personnel dans la société cocontractante, il n'en va plus de même lorsqu'il s'agit de vérifier l'existence d'un élément constitutif d'un délit pénal et d'entrer, le cas échéant, en condamnation contre le dirigeant : plus aucune présomption ne peut alors être admise.

Ainsi donc, s'il est permis de déduire de certaines situations, un avantage possible pour le dirigeant, il faut encore montrer que cet avantage a été délibérément recherché par lui.

§ 1 — L'existence d'un avantage du dirigeant

326. — Même si elle n'est pas sans illustration en jurisprudence (76), la première situation visée par la loi, c'est-à-dire celle où le dirigeant utilise

(75) V. *supra*, n° 249 et s.

(76) Dans la célèbre affaire Willot (trib. correct. Paris, 16 mai 1974, G.P. 15-16-17 décembre 1974, 886 ; TROCHU, JEANTIN, LANGE, « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés », D.S. 1975, chr. p. 7), l'un des reproches faits aux prévenus était d'avoir financé la prise de contrôle de trois sociétés — Le Bon Marché, La Belle Jardinière et Saint-Frères — grâce à la trésorerie des sociétés contrôlées. L'hypothèse peut être simplement résumée en ce qui concerne la prise de contrôle de Saint-Frères. Les Frères Willot avaient souscrit une option d'achat sur les titres Saint-Frères à la famille Saint et obtenu peu après la présidence et quatre sièges au Conseil d'administration de Saint-Frères, mais, il faut le noter, sans exposer aucun débours aux fins d'une levée de l'option. Dès qu'il prit la présidence de cette dernière société, Jean-Pierre Willot avança à une société La Lys, membre du groupe Agache-Willot, une somme considérable, correspondant à la valeur des actions Saint-Frères. Le même jour, un administrateur de la société La Lys tira sur la société quatre chèques, pour un montant identique à l'avance reçue, qu'il remit aux Frères Willot. Ces derniers les endossèrent immédiatement au profit de la famille Saint pour lever l'option d'achat ; l'usage de l'actif social à des fins personnelles était patent, même s'il a été réalisé par des voies détournées.

On notera que la loi du 30.12.1981 a inséré dans la loi du 24.07.1966 un article 217-9 ainsi rédigé : « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou donner des sûretés en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ».

l'actif social à son propre avantage, connaît, semble-t-il, assez peu d'applications dans les groupes de sociétés.

En tout cas, elle n'est pas typique d'une gestion de groupe. En revanche, il est infiniment plus fréquent que les dirigeants soient amenés à favoriser la société cocontractante, appartenant au même groupe. Or, ce faisant, ils risqueront toujours de se voir reprocher de s'être avantagés à travers la société bénéficiaire de l'opération. Par définition, en effet, tout dirigeant d'une société groupée possède nécessairement des intérêts personnels, directs ou indirects, dans l'ensemble des sociétés du groupe et en particulier donc, dans la société cocontractante. Cette proposition, affirmée par le tribunal correctionnel de Paris lui-même (77), se démontre aisément.

327. — L'intérêt du dirigeant est bien entendu direct lorsqu'il est personnellement actionnaire ou, a fortiori, gérant ou administrateur de la société cocontractante favorisée. De même, il peut être « intéressé » à titre de client ou de fournisseur de celle-ci. Mais, indépendamment des avantages qui viennent d'être exposés, le dirigeant de la société sacrifiée a toujours au moins un intérêt professionnel à avantager l'autre société contractante. La stabilité et la promotion de sa situation — qui peut être d'autant plus complètement affectée que ses fonctions de gestion dans la filiale iront, ce qui est assez fréquent, de pair avec des fonctions salariées au sein de la société-mère — dépendront en effet de sa soumission. Il a tout intérêt à réaliser l'opération que la direction du groupe le sollicite d'accomplir. Or, selon la jurisprudence (78) et les auteurs (79), l'intérêt personnel peut être d'ordre professionnel. Tel est d'ailleurs l'argument pris par un auteur (80) pour paralyser la répression dans les groupes de sociétés : l'opération étant en réalité commandée par la direction de groupe et les dirigeants de la filiale sacrifiée se voyant tenus d'en assurer l'exécution sous peine de perdre leur situation, ils seraient placés dans la nécessité d'agir contre la loi pénale. En cas de poursuites, ils pourraient donc invoquer l'état de nécessité, fait justificatif général (81) : « le choix existe, écrit M. LEAUTE, entre l'obéissance et la révolte, étant entendu que le refus sera suivi, presque inéluctablement, d'une

(77) Décision précitée ; dans le même sens, TROCHU, JEANTIN, LANGE, art. précit.

(78) Crim. 9 mai 1973, RTD com. 1973, 574, obs. HOUIN.

(79) TOUFFAIT, ROBIN, ANDUREAU, LACOSTE, op. cit., n° 253 ; BOULOC, note sous crim. 16 février 1971, rev. soc. 1971, 423. Rapp. DU PONTAVICE, Les notions d'« intérêt indirect » et d'« interposition de personne » dans l'article 101-2° de la loi sur les sociétés commerciales, Bull. féd. assoc. com. soc., 1969, n° 16, p. 14 et s.

(80) J. LEAUTE, « La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires », JCP 1973, I, 2551.

(81) M. LEAUTE écarte, avec raison, la cause subjective de non culpabilité tirée de la contrainte, prévue à l'article 64 du c. pénal « car le sujet n'a pas perdu toute sa liberté de choix comme il arrive dans les véritables situations de contrainte ». De fait, la jurisprudence n'admet même pas la contrainte morale dans les rapports employeur/salarié (v. crim. 22 juin 1976, Bull. crim., n° 229, p. 597).

révocation par la majorité représentant la société dominante. Il s'agit d'opter entre deux maux, un sacrifice au détriment de la société liée, donc au détriment de la minorité dans cette société, ou bien le sacrifice de sa propre situation professionnelle ».

328. — Cette argumentation nous paraît extrêmement contestable. Mais, avant de la critiquer au fond, on doit en souligner les limites. Toute sanction de l'abus des biens sociaux dans les groupes, à supposer même que l'on adopte cette opinion, ne serait évidemment pas paralysée. En effet, les articles 431, 463 et 464-2° de la loi du 24 juillet 1966 étendent très largement la répression de ce délit à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé la gestion de la société sous le couvert ou aux lieu et place de ses dirigeants légaux.

Ainsi, les dirigeants de fait pourront être poursuivis dans les mêmes conditions que s'ils étaient dirigeants de droit. Lorsqu'il peut être prouvé qu'ils administraient en fait la filiale (82) sous le couvert de ses organes légaux, les dirigeants de la société dominante tombent donc également sous le coup des dispositions répressives à titre de co-auteurs (83). Or, on voit mal derrière quelle nécessité ceux-ci pourraient se réfugier (84).

C'est qu'au fond, l'argumentation proposée est vicieuse. Chacun sait que l'état de nécessité exige que la valeur du bien sauvegardé soit supérieure, ou pour le moins égale, à celle du bien sacrifié. Or, bien évidemment, si l'on devait tenir une balance des intérêts en présence, celui, purement particulier, de l'administrateur ou du gérant pèserait moins lourd que celui de la collectivité qu'il a la charge de représenter. Le choix de sacrifier les intérêts minoritaires constituera par conséquent le délit.

Mais le fait même que tout dirigeant d'une société de groupe a nécessairement un intérêt direct ou indirect dans celui-ci serait de fâcheux effet si aucune condition additionnelle n'était exigée par la loi : il serait en effet automatiquement exposé à la répression. L'équité et la raison commandent de pousser l'analyse plus avant et d'admettre que le dirigeant ne mérite sanction que si son comportement montre clairement qu'il a voulu s'avantager effectivement.

(82) Sur la notion de dirigeant de fait, v. *infra*, n° 369 et s.

(83) Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1966, la doctrine et la jurisprudence refusaient l'extension de l'incrimination aux personnes qui, sans être les organes légaux de la société, se comportaient en fait comme ses maîtres (v. VERDIER, *op. cit.*, p. 200 et *réf. citées*; ROBIN « La responsabilité pénale des dirigeants de fait », *rec. dr. pén.* 1967, I). Il était néanmoins admis que l'animateur de l'affaire, notamment l'actionnaire prépondérant, pouvait être poursuivi comme complice si les conditions de la complicité (ainsi la provocation par abus d'autorité, cette dernière pouvant être également de fait, cf. MERLE et VITU, *traité de dr. crim.*, Cujas, p. 534) étaient réunies. La loi de 1966 a rendu ce détour inutile.

(84) Certes, l'on pourrait penser à invoquer en leur faveur la notion d'intérêt du groupe, conçue comme un bien supérieur à l'intérêt particulier de ses membres. Mais l'argument est sans valeur : la considération de l'intérêt du groupe, et la jurisprudence est en ce sens (v. *infra*, section deuxième), ne permet qu'une appréciation plus complète et plus nuancée de ce qui pouvait sembler être, à un moment donné, l'intérêt social aux yeux d'un dirigeant moyennement diligent

§ 2 — La volonté de s'avantager du dirigeant

329. — De prime abord, la position des tribunaux (85), soutenue par maints auteurs (86), fait douter de l'existence de cette condition à la répression de l'abus des biens sociaux. En la matière, la théorie dite de l'« intention-connaissance » est en effet généralement appliquée, suivant laquelle il suffit d'établir que le dirigeant a eu pleinement connaissance de l'avantage personnel qu'il pouvait retirer de l'opération. Il n'est aucunement nécessaire que le prévenu ait tenu l'opération secrète (87) ou recouru à une fraude (88). De même, il est indifférent que le dirigeant ait été animé d'une intention de nuire (89).

De fait, il est bien certain que, dans une grande majorité de cas, la seule conscience des avantages que peut obtenir le dirigeant, au travers d'une gestion dont le caractère anti-social est patent, suffira. Dédire alors la volonté de s'avantager de la connaissance du profit exclusif résultant de l'opération n'aura rien d'arbitraire. La situation est, en revanche, très différente lorsque le prévenu signe, au nom de la société, une convention avec une autre société dans laquelle il est intéressé. Il est bien évident que le dirigeant aura alors, dans l'une et l'autre sociétés, des intérêts personnels dont il lui sera difficile de dire qu'il les ignorait.

330. — Or, connaissant les avantages qu'il retire de ses fonctions dans les deux sociétés, n'est-il pas systématiquement exposé à la répression chaque fois que l'opération ne paraîtra pas strictement équilibrée ? Il est vraisemblable, si tel était le cas, que les dirigeants communs ne se risqueraient plus à conclure des conventions entre les sociétés qu'ils administrent. Certaines décisions ont parfaitement pris conscience de ce risque d'arbitraire et, faisant,

et ordonné. L'intérêt du groupe n'est donc pas une valeur en soi mais n'ouvre qu'une dimension nouvelle pour l'appréciation de l'intérêt des collectivités qui en sont membres. L'argument permet, éventuellement, de contester l'existence de l'élément matériel de l'infraction, pas de son élément légal.

(85) Crim. 12.05.1965, JCP 1966, 14598, note HERZOG : « les juges du fond n'avaient point, pour caractériser l'élément intentionnel... à rechercher une intention frauduleuse autre que celle résultant de la violation volontaire des prescriptions de la loi » ; crim. 16.03.1970, Rev. soc. 1970, 480.

(86) Not. TOUFFAIT, ROBIN, ANDUREAU, LACOSTE, op. cit., p. 270, n° 258 ; ROUSSELET et PATIN, « Délits et sanctions dans les sociétés par actions » n° 293 ; VERDIER, « L'abus de mandat social », in « le droit pénal spécial des sociétés anonymes », Études Hamel, p. 213.

(87) Crim. 8 mars 1967, Bull. crim., n° 94 : « le fait que (le prévenu) n'ait point dissimulé ses détournements n'est pas, en soi, exclusif de toute intention frauduleuse ».

(88) Par exemple, une interposition de personne.

(89) V. SOUSI, « Un délit souvent inadapté : l'abus des biens ou du crédit de la société », RTD com. 1972, 304 ; SANZ, op. cit., p. 128 et réf. cit.

du même coup, une plus exacte application de la loi (90), ne se contentent pas de constater la connaissance, par le prévenu, du risque qu'il faisait courir à la société, à travers les actes reprochés, ainsi que de l'avantage qu'il pouvait y trouver. Elles réclament qu'il ait eu la volonté de s'avantager (91) et exigent des juges qu'ils caractérisent le mobile poursuivi par lui, expliquant un tel dessein (92). Il faut approuver pareille opinion.

331. — Cette distinction entre la conscience et la volonté de s'avantager présente un intérêt essentiel. En effet, si l'on s'attache à la seule connaissance par le dirigeant commun d'un profit que peut lui apporter l'opération, l'abus de biens sera toujours consommé si l'opération est bénéfique à l'autre société : le dirigeant sait en effet par hypothèse que ses intérêts personnels dans cette société seront promus ou consolidés d'une façon ou d'une autre, même dans une faible mesure. Au contraire, si l'on réclame du dirigeant qu'il ait poursuivi le dessein de s'enrichir à travers l'autre société cocontractante, le juge sera nécessairement amené à examiner si, à la date de l'opération, il avait réellement décidé de sacrifier la société en vue de s'avantager personnellement.

332. — Ce n'est pas lancer le juge dans une investigation purement psychologique des mobiles poursuivis. Le plus souvent, en effet, des indices résulteront des circonstances de l'espèce qui montreront la volonté du dirigeant de s'avantager personnellement ou au contraire permettront d'en écarter l'éventualité. Une espèce particulièrement exemplaire à cet égard est celle qui a donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de la Seine en date du 13 décembre 1955 (95). En l'espèce, un sieur Goujart avait su développer une société anonyme de travaux publics, la société EMC, dont il était le président-directeur général. L'essor de cette société, qui fonctionnait avec un capital trop faible, avait cependant été rendu possible, pour

(90) En effet, la connaissance par le prévenu du profit qu'il pouvait retirer d'une opération, dont il savait les risques pour la société, ne relève que du dol général. Or, en matière d'abus de biens sociaux, la loi exige un dol spécial et en fait un élément constitutif du délit. En ce sens, M. DELMAS-MARTY, «Droit pénal des affaires», PUF, 1973, 312 ; S. SANZ, le délit d'abus des biens... application aux **dirigeants** des groupes..., thèse dactyl., Montpellier, 1975, p. 147 et s.

(91) Cf., en particulier, Lyon, 10.07.1950, D. 1951, somm. 56 : le préjudice infligé à la société doit avoir été « non seulement connu, mais voulu dans un but déterminé ou frauduleux » ; crim. 15.03.1972, rev. soc. 1973, 357, note BOULOC (abus de pouvoirs).

(92) Dans les groupes, ce mobile est, souvent, moins la recherche d'un gain personnel supplémentaire pour leurs dirigeants que l'attraction d'un pouvoir accru (c'était le cas dans l'affaire Willot, TGI Paris, 16.05.1974, préc.) ou d'une pérennité des fonctions ou de l'influence détenues, par exemple à travers la promotion ou le sauvetage (Paris, 9^e ch., 16.05.1980, inédit) d'une ou de plusieurs sociétés dont l'activité est jugée prioritaire ou prestigieuse, ou encore à travers la présentation de résultats constamment en hausse (Colmar, 13.01.1982, inédit).

(95) T. corr. Seine 13 décembre 1955, D. 1957, p. 519, note AUTESERRE ; rev. soc. 1956, 371.

l'essentiel, grâce à l'appui constant d'une banque ICP, avec laquelle elle comptait un administrateur commun. Pour diversifier ses activités, la société EMC prit le contrôle d'une société « Entreprises M. Serre », également cliente de la banque ICP, dont les difficultés semblaient procéder exclusivement d'une piètre gestion. Mais, les études précédant la prise de contrôle furent insuffisantes et trop hâtivement menées. En réalité, loin de constituer la profitable opération espérée, la situation de la société « Entreprises M. Serre » était beaucoup plus obérée que les dirigeants de EMC ne l'avaient cru. Après avoir accepté initialement de consentir à la société contrôlée d'importantes avances, ainsi qu'un engagement de caution, le Conseil d'administration de la société EMC s' alarma et refusa de s'engager plus loin. Mais, sous la pression de son banquier, le président d'EMC dut passer outre la décision de son Conseil et, avec l'accord des deux actionnaires les plus importants, il consentit des avances supplémentaires. L'aide financière apportée à la filiale ayant fait perdre à la société EMC une somme importante, Goujart fut poursuivi par la nouvelle direction de la société EMC pour abus des biens et du crédit de celle-ci au profit exclusif de la filiale dans laquelle il était intéressé.

Le tribunal écarta la prévention au motif qu'il n'était pas établi que Goujart eût recherché un intérêt personnel distinct de celui de la société-mère à l'occasion des divers financements décidés par lui au profit de la filiale. Son argumentation mérite d'être rapportée : « attendu qu'en l'espèce, la société EMC avait des intérêts bien plus considérables que ceux de Goujart dans la société favorisée, puisqu'elle était majoritaire ; que les 205 actions possédées par Goujart dans les "Entreprises M. Serre" étaient peu de chose à côté des 3.600 actions possédées par EMC ; qu'enfin le poste bien rémunéré de P.D.G. de EMC était beaucoup plus avantageux pour Goujart que celui d'administrateur sans tantièmes ni jetons des "Entreprises M. Serre" ; que tout indique donc que l'intérêt personnel de Goujart n'était pas de sacrifier EMC aux "Entreprises M. Serre", mais bien plutôt l'inverse ».

333. — Une démarche semblable a, semble-t-il, été adoptée par les magistrats de la Cour d'appel de Paris dans leur arrêt du 16 janvier 1970 (96). Il était reproché à un sieur Rainaut d'avoir, sur les fonds d'une société CIMR, dont il était le fondateur et actionnaire majoritaire ainsi que le président-directeur général, consenti des avances d'un montant de 16.819.500 millions d'AF à une filiale de celle-ci, la société PREPANO. Selon la prévention, de telles opérations qui ont appauvri l'une des sociétés sans profit pour l'autre étaient constitutives d'un abus de biens sociaux.

La Cour d'appel relaxa néanmoins le prévenu de ce chef, aux motifs « qu'il ne paraît pas cependant que ce financement inopportun, en ce qu'il obérait gravement la trésorerie de la CIMR en un moment difficile, inefficace en ce qu'il ne pouvait soustraire du désastre une entreprise dont l'équipement était

(96) Paris, 16 janvier 1970, 9^e ch., aff. RAINAUT, LANCELEUR, inédit.

périmé et la reconversion problématique, ait été inspiré à Rainaut par la recherche d'un avantage personnel ou, s'agissant surtout de sociétés jusque là unies par les liens d'une étroite solidarité économique, par le désir de favoriser l'une aux dépens de l'autre». Ici encore, la solution se justifiait parfaitement : le prévenu possédait, en effet, des intérêts bien plus considérables dans la société prêteuse dont il était le fondateur et l'actionnaire majoritaire ainsi que l'administrateur et le président-directeur général, que dans la société emprunteuse où il ne détenait qu'une participation très minoritaire au capital. On notera qu'en comparaison, la société-mère, dans laquelle ses intérêts étaient les plus concentrés, possédait 87 % du capital de la filiale.

334. — Cependant, il est bien évident que la seule comparaison des intérêts strictement et directement financiers en présence (par exemple, comme dans les espèces relevées, la participation au capital ou les avantages attachés aux mandats sociaux) ne saurait épuiser une matière particulièrement fertile : il y a bien d'autres avantages que le dirigeant peut avoir recherché. Par exemple, il aura pu vouloir mettre sa responsabilité de dirigeant à l'abri d'une action en comblement de passif (article 99, loi du 13 juillet 1967) en finançant à outrance une filiale en état virtuel de cessation de paiement (97). En pareille hypothèse, il soumettra également les actifs de la société-mère à un risque anormal de perte, ce qui constitue la seconde condition de la répression de l'abus de biens sociaux.

SECTION II

Le risque anormal de perte

335. — D'ores et déjà, il existe au moins une certitude : une opération de gestion peut avantager les dirigeants si elle sert l'intérêt collectif. Mais, à quel moment pourra-t-on dire que le soutien financier consenti par la société méconnaît son intérêt ?

Sans doute le principe majoritaire ne pourra-t-il plus servir de refuge aux dirigeants poursuivis. Il ne leur sera plus possible de s'abriter derrière cette fiction que la majorité qui les a investis et qui a pu approuver l'opération a défini souverainement l'intérêt de tous les actionnaires. Nous savons déjà qu'une majorité peut abuser de son influence et qu'au regard des actes ainsi accomplis, elle ne peut s'opposer à la contestation minoritaire, puisqu'elle n'a jamais disposé d'aucun pouvoir pour les effectuer. Il en va a fortiori ainsi lorsque, comme ici, l'abus est érigé en délit pénal et que la méconnaissance de l'intérêt social constitue un élément constitutif de l'infraction. De même qu'aucune assemblée ne peut valablement donner mandat aux administrateurs de commettre un délit, de même elle est sans droit pour

- (97) Pour un exemple, v. DU PONTAVICE, Bull. C.A.C., 1974, p. 370.

couvrir a posteriori leurs actes abusifs (98). Il n'en va pas différemment lorsque l'autorisation de conclure le prêt a été entourée d'une solennité particulière. Ainsi l'application régulière des formalités de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 n'emporte aucun effet sur le plan pénal, alors même que, pour écarter le risque d'une déformation de la volonté sociale, le législateur écarte du vote l'intéressé dont les droits sociaux ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (99). En effet, le consentement de la victime est en principe inopérant, a fortiori lorsque cette dernière n'est pas seule protégée par la loi pénale (100). Or, la protection de l'intégrité du patrimoine social est ici garantie au profit non seulement des associés, mais également des créanciers sociaux (101).

Certes, la doctrine (102) n'est pas unanime sur ce point et la Chambre criminelle écarte toujours l'action civile des créanciers (103). Mais, l'hostilité de cette dernière à l'égard des constitutions de partie civile des créanciers ne s'explique, semble-t-il, ni par l'économie du délit lui-même ni par le cercle restreint aux associés des personnes qu'il entendrait protéger, mais par le phénomène général de l'étranglement de l'action des créanciers agissant au pénal et l'appréciation restrictive du caractère direct du préjudice (104).

Tout au plus peut-on admettre que l'autorisation donnée par les organes réguliers de la société ait la valeur d'une « présomption de conformité » de l'opération à l'intérêt social (105). Après tout, comme on l'a écrit (106), « il serait paradoxal de ne pas tenir compte des résolutions de l'assemblée ou du conseil lorsque l'inculpé s'y est conformé et de vouloir en faire la base des poursuites lorsqu'il les a méconnues ».

(98) V. not. t. corr. Seine 14 novembre 1958, rev. soc. 1961, p. 70, note BONASSIES ; crim. 5 novembre 1963, Bull. crim., p. 652 ; crim. 8 mars 1967, Bull. crim., n° 94.

(99) Sur les réserves quant à l'efficacité de cette procédure dans les groupes de sociétés, v. supra, n° 283.

(100) MERLE et VITU, « Traité de droit criminel », t. I, n° 404, p. 456.

(101) En ce sens, v. en particulier HEMARD, TERRE, MABILAT, op. cit., t. II, n° 1271, p. 1007.

(102) V. en sens contraire, BOULOC, notes sous crim. 24 avril 1971, rev. soc. 1971, p. 608, et crim. 25 novembre 1975, rev. soc. 1976, p. 660.

(103) Not. crim. 16 janvier 1964, précit. ; crim. 24 avril 1971, précité. Seul un préjudice uni à l'infraction par un lien de causalité si étroit qu'il ne se serait pas produit sans elle, rend recevable l'action civile des créanciers. Or, le préjudice de ceux-ci résulte du défaut de paiement qui n'est qu'une des conséquences de l'amoindrissement d'actif, éventuellement provoqué par l'abus. Leur préjudice est indirect.

(104) MERLE et VITU, op. cit., t. II, n° 709 et s. ; juriscl. soc. fasc. 148, II, n° 55, 79 et 80. Pratiquement, les créanciers sont ainsi privés des facilités de preuve offertes par l'instruction pénale, ce qui peut paraître fâcheux en une matière où l'abus est particulièrement difficile à constater ; sur ce problème, voir M. DELMAS-MARTY « la criminalité d'affaires », R. sc. crim. 1974, p. 45.

(105) BONASSIES, note précit., rev. soc. 1961, p. 70 ; BASTIAN, note sous Seine 11 mai 1955, JCP 1955, 8973.

(106) BASTIAN, note précit.

De toute évidence, cependant, une telle présomption pourra seulement contribuer à l'élaboration de l'intime conviction du juge ; la matière étant d'ordre public, le juge conserve toujours son pouvoir d'appréciation. C'est le principe rappelé par la Cour d'Amiens (107) : «... il ne suffit pas qu'une résolution soit votée par la majorité des actionnaires d'une société pour établir de façon définitive que l'acte envisagé correspond à l'intérêt social ; que si l'on peut éventuellement admettre qu'un tel vote constituerait une présomption en ce sens, les tribunaux conservent un pouvoir d'appréciation, alors surtout qu'il s'agit en l'espèce d'un élément constitutif de l'infraction reprochée ».

Au surplus, la valeur à attribuer aux décisions des organes sociaux dépend en définitive de leur autorité et de leur indépendance par rapport aux auteurs de l'acte attaqué. Or, dans le cadre du groupe, les organes des sociétés dominées ne disposent plus que d'une indépendance apparente. Dans ces conditions, il paraît difficile de reconnaître aux dirigeants poursuivis le droit d'invoquer une quelconque autorisation ou approbation.

336. — La question reste donc entière. Mais ne pourra-t-on pas simplement induire l'élément de contrariété à l'intérêt social de l'existence d'un préjudice social ? On doit résolument répondre par la négative. D'une part, s'agissant d'un délit instantané, tous les éléments nécessaires à la qualification doivent être réunis et appréciés au temps de l'action (108). D'autre part, une jurisprudence constante de la Chambre commerciale n'exige pas, comme condition des poursuites, la réalisation d'une perte effective, mais se contente d'un risque de perte (109).

Faut-il alors se résoudre à accepter que le juge apprécie l'opportunité de la gestion et l'utilité qu'il y avait pour la société à prendre tel risque dans la situation où elle se trouvait ? Les juges répressifs, pas plus que les juges civils, ne se sont engagés dans cette direction. A leurs yeux, l'opération ne saurait être anormale par elle-même. Elle ne prendra ce caractère que si le dirigeant devait raisonnablement savoir qu'elle n'aurait aucune contrepartie pour la société. Il s'agit de juger un homme, non une politique majoritaire. C'est donc par référence à un critère idéal, l'action d'un dirigeant moyennement diligent et consciencieux, doté des mêmes moyens, de la même

(107) Amiens 11 juillet 1962, GP 1963-I-438 ; RSC 1964, p. 382 (sur renvoi après Cassation).

(108) La doctrine s'accorde à considérer que c'est au moment de l'acte, compte tenu de la situation alors connue, qu'il convient d'apprécier l'opération et les risques qu'elle entraîne : VERDIER, « le droit pénal spécial des sociétés anonymes », op. cit., p. 213 ; PINOTEAU, « de la notion d'acte contraire à l'intérêt social dans le délit d'abus des biens ou du crédit de la société », GP, 1952, I, doct. 17 ; HEMARD, TERRE, MABILAT, t. II, n° 1270, p. 1006 ; M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires », op. cit., p. 310 et 311.

— (109) V. les arrêts précités, n° 321, note 68.

technique et gérant des intérêts identiques (110) que s'appréciera la faute du prévenu. Les juges se demandent ensuite si un tel homme, après avoir mesuré les risques entraînés par l'opération et évalué les profits qui pouvaient en résulter, aurait néanmoins accepté, comme le prévenu, de la réaliser alors que, quelle qu'en soit l'issue finale pour la société, cette opération lui assurait indirectement, mais nécessairement un avantage patent. En somme, les juges définissent implicitement un ou plusieurs comportements possibles, compte tenu des circonstances, et vérifient si le prévenu s'est conformé ou non à l'un d'eux. C'est ainsi que s'explique la formule habituelle des arrêts de la Chambre criminelle suivant laquelle l'acte contraire à l'intérêt social est celui qui soumet les actifs sociaux à des risques auxquels **ils ne devaient pas** être exposés.

337. — Dans ce système, il existe un ensemble d'actes qu'un dirigeant compétent et honnête pouvait réaliser ; mais, il en est d'autres, en revanche, qu'il devait s'interdire d'effectuer. Une analyse fouillée du contexte de l'opération s'impose donc logiquement, ce que n'a jamais hésité à faire le juge (111). Or, un tel examen aboutit, en matière de groupes, à une discrimination radicale selon que les sociétés qui y appartiennent poursuivent (paragraphe 2^o) ou non (paragraphe 1^o) une finalité économique commune.

§ 1 — Le risque apprécié dans les rapports de sociétés dénuées d'intérêt commun

338. — Lorsqu'une société ne détient aucune participation dans une autre et n'entretient aucune relation commerciale avec elle, ou seulement de façon occasionnelle, on se demandera quel intérêt elle pouvait bien

(110) « De même que le droit civil connaît la notion du bon père de famille, notion de référence très souple, de même les juges ont dégagé une notion de l'administrateur bon et honnête dont les actes sont appréciés en fonction des facteurs économiques, des périodes envisagées, d'expansion ou de crise » (CHAVANNE, « Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général », *rev. sc. crim.* 1963, 683). Dans le même sens, GRUA, « L'acte gratuit en droit commercial », thèse dactyl., Paris I, 1978, p. 185, n^o 168 et s.

(111) V. par exemple le jugement inédit du T. corr. Seine (11^e ch.) du 6 janvier 1954 (cité par M. PINOTEAU, in « Les risques... », p. 375) : « pour les sociétés formant un groupe structuré, il convient de replacer l'acte incriminé dans son contexte industriel et commercial et de l'examiner tant au regard du préjudice qu'il risquait de faire supporter que des avantages qui pouvaient en être attendus ». Adde : T. corr. Seine 13 décembre 1955, D. 1957, 519, note AUTESERRE : « qu'il convient donc maintenant d'examiner dans quelles conditions la société EMC a été conduite à s'intéresser à la société « Entreprises M. Serre », comment elle en devint actionnaire majoritaire, pourquoi elle se porta caution de cette société vis-à-vis de la banque ICP ; que ce n'est qu'ensuite que l'on pourra déterminer si, dans les relations EMC - Entreprises M. Serre, des abus de biens sociaux ont été commis par Goujart à l'encontre de la société EMC et au profit des « Entreprises M. Serre » comme le soutiennent le ministère public et les parties civiles » ; Paris 29 octobre 1959, GP 1960, I, 215, note LAUNAI ; T. corr. Seine 5 juillet 1960, *rev. soc.*, 1961, p. 82.

poursuivre en la finançant directement ou indirectement. L'affaire du Bon Marché (112) en est une bonne illustration. En l'espèce, le patrimoine social avait fait l'objet, par les procédés les plus divers, d'un pillage constant et systématique par ses dirigeants. Ainsi, ces derniers avaient-ils passé, au nom de la société, des commandes considérables au profit d'autres sociétés dans lesquelles ils étaient intéressés et qu'ils entendaient voir fonctionner au maximum de leurs capacités. De même avaient-ils remboursé sur les fonds sociaux la dette d'emprunt vis-à-vis d'une banque d'une autre société qu'ils dirigeaient également (113). A cette fin, ils liquidèrent certains actifs et asséchèrent la trésorerie du Bon Marché, ce qui avait mis cette dernière société dans l'obligation d'exposer d'importants frais financiers pour se pourvoir en fonds de remplacement.

Ces diverses opérations qui, par les circonstances entourant leur réalisation, révélaient clairement la volonté des prévenus de s'avantager personnellement à travers d'autres sociétés dont ils étaient les maîtres, ont été considérés par la Cour de Paris comme abusives.

339. — La solution est parfaitement justifiée : lorsqu'aucun lien substantiel, de société à société, ne peut venir justifier une onéreuse ou ruineuse assistance de l'une à l'autre, où peut bien se trouver l'intérêt de la société ? Il est en tout cas certain qu'un dirigeant normalement soucieux des intérêts de la collectivité des associés n'aurait pas, dans ces conditions, exposé l'actif social à de tels risques. Il ne se serait évidemment pas non plus permis,

(112) Paris, 9 janvier 1952, précité.

(113) V. égal. Paris 30 juin 1961, D. 1962, 393, note TOUFFAIT et HERZOG, (arrêt et note également intéressants sur le problème de l'entrée en vigueur du délai de prescription de l'abus de biens sociaux). En l'espèce, il a été jugé que constituait un abus de biens sociaux, le fait pour une société de rembourser, sans aucun intérêt pour elle, un emprunt hypothécaire contracté par une autre société n'ayant aucune relation financière ou commerciale avec la première mais également dirigée par le prévenu. *Addé* : Paris, 29 janvier 1976, Bull. CAC 1976, p. 314 ; Bull. Joly, mars 1976, p. 142 : « considérant enfin que mandaté par décision du Conseil d'administration de la société Vigny du 9 novembre 1970 de signer une reconnaissance de dette de 2.000.000 de francs en l'étude de Bouziers, notaire au Havre, Campnas signait un acte aux termes duquel il affectait et hypothéquait à titre de sûreté et de garantie de la somme prêtée, l'immeuble sis à Paris, 10 rue de Vigny, propriété de la société. Que cet emprunt dont Campnas ne s'était même pas assuré s'il avait été intégralement versé, bénéficiait exclusivement à la société Kauffmann qui en a assuré le remboursement courant 1971 sans qu'entretemps l'hypothèque ait été transcrite ; que cet emprunt, comme la garantie donnée, était préjudiciable aux intérêts de la société anonyme Vigny qui n'en avait nul besoin et en supportait le risque de remboursement en cas de défaillance des Établissements Kauffmann dont la trésorerie n'était assurée qu'à l'aide d'expédients ; que la mauvaise foi de Campnas résulte de ce que, contrairement aux dispositions des articles 103 et 104 de la loi du 24 juillet 1966, cette opération a été dissimulée au commissaire aux comptes de la société Vigny et aux actionnaires de la société réunis le 28 juin 1971 ; que ses intérêts étant liés à ceux de Lipsky et de Huc, ce dernier en l'espèce administrateur de la société Vigny et président-directeur général des Établissements Kauffmann, Campnas a de mauvaise foi usé du crédit de la société Vigny dont il était administrateur, à son préjudice et dans l'intérêt des Établissements Kauffmann dans lesquels il avait indirectement des intérêts ».

étant administrateur d'une société et gérant d'une autre, de confondre les patrimoines des deux sociétés en utilisant indifféremment les fonds de l'une au profit de l'autre et d'exposer ainsi l'actif social de chaque société à un risque auquel il ne devait pas être soumis (114).

Dans toutes ces hypothèses, la société n'éprouve en effet aucun besoin de prêter ou d'avancer ses fonds à l'autre société. Et cette appréciation du juge ne sera nullement arbitraire mais découlera logiquement de l'examen de l'ensemble des relations entre les parties : si elles n'ont pas d'intérêts communs, si elles ne poursuivent pas une politique industrielle ou commerciale commune, si leurs actifs ne sont pas placés au service des mêmes objectifs, on ne peut comprendre que l'on puisse fonctionner, même momentanément, au service de l'autre et accepter d'assumer des risques anormalement élevés (115) à son profit.

340. — Mais le raisonnement ne progresse guère : que doit-on entendre par « risques anormalement élevés » ? En réalité, puisque par définition les risques doivent être mesurés à la date de l'opération, tout dirigeant d'une société prêteuse doit, ou aurait dû, dans la logique des juridictions répressives, apprécier deux catégories de risques très différents : le risque d'« illiquidité » (116) et celui de non restitution des sommes avancées. Si le dirigeant savait ou ne pouvait ignorer que, par son action, il mettait pratiquement la société dans l'impossibilité d'honorer ses propres échéances, il a agi « contrairement à l'intérêt social ». De même, si, à la date du prêt, il savait que la société emprunteuse serait vraisemblablement incapable de rembourser les fonds, il commet un abus des biens sociaux : on ne prête pas de l'argent à une personne qui n'est pas, ou plus, de confiance. Il est à plus forte raison « anormal » de prêter l'argent d'autrui à une personne à laquelle on refuserait soi-même de prêter des fonds.

A - LE RISQUE D'ILLIQUIDITÉ

341. — La licéité du prêt est directement fonction des ressources de trésorerie de la société. Celle-ci s'entend, d'après une définition communément admise, comme la différence à une certaine date entre les ressources mises en œuvre pour financer l'activité de l'entreprise et les besoins entraînés par cette activité (117). Il en résulte que « la trésorerie (si elle est positive) constitue une ressource non nécessaire à l'activité présente de l'entreprise et

(114) Crim. 24 mars 1969, Bull. crim. 1969, n° 130.

(115) V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 310 : « ... l'acte contraire à l'intérêt social est l'acte qui expose la société, sans nécessité pour elle, à des risques anormaux et graves ».

(116) V. *supra*, n° 31, note 12.

(117) MEUNIER, de BAROLET, BOULMER, « La trésorerie des entreprises », Dunod, 1975, p. 4.

que l'on peut, dans une certaine mesure, utiliser cette ressource de trésorerie à d'autres usages tout en maintenant le niveau d'activité industrielle » (118). Deux cas peuvent donc être envisagés : d'abord la trésorerie peut être négative ou juste suffisante pour assurer les besoins de l'exploitation ; ensuite elle peut être positive mais employée provisoirement à d'autres usages dans la société et ne pas se trouver nommément inscrite dans les postes « Banque » et « Caisse » du bilan.

342. — Dans la première hypothèse, il est certain que la sortie de liquidités par voie de prêts ou avances a pour conséquence d'entraîner une illiquidité au moins provisoire ou une situation de trésorerie plus obérée (119). Ces risques ont été jugés anormaux par la Cour d'appel de Colmar qui a jugé qu'un prélèvement intervenu à une époque où la trésorerie de la société était gênée était contraire à l'intérêt social dans la mesure où il portait atteinte à son fonds de roulement (120). Il faut approuver cette Cour d'appel. D'évidence, en effet, si la trésorerie est négative (ou rendue négative par l'opération), si les montants avancés font défaut à la société pour la satisfaction de ses propres besoins d'exploitation, le prêt ou l'avance provoque ou accroît des troubles dans le fonctionnement normal de la société. Ces difficultés l'obligeront en outre à chercher des ressources de financement de remplacement et à payer un service dont elle disposait gratuitement, ce qui constitue pour la jurisprudence un second motif de condamnation du dirigeant. Ainsi, dans l'affaire du Bon Marché, la Cour d'appel de Paris (121) a notamment relevé, pour caractériser le délit d'abus des biens sociaux, que « privée d'importantes liquidités **dont elle aurait dû disposer** et qui lui étaient d'autant plus nécessaires qu'à cette époque sa **trésorerie était éminemment précaire**, la société dut recourir pour les remplacer à des procédés onéreux qui lui valurent, à cause des agios, commissions et intérêts, une perte supplémentaire... ».

343. — Mais les difficultés les plus grandes concernent la deuxième hypothèse envisagée. Il sera facile au dirigeant poursuivi de prétendre qu'à la date de l'opération, les ressources sociales étaient excédentaires et qu'il n'y avait aucun préjudice à les mettre au service d'une autre société.

(118) M. FLEURIET, « Pouvoir et Finance d'Entreprise », cit., p. 74.

(119) A plus forte raison, lorsque la société prêteuse, à l'époque de l'opération, « était dans une situation financière de détresse » et, à partir d'une certaine date « en état de cessation des paiements », Paris, 9^e ch., 9.07.1979, inédit.

(120) Colmar, 4 février 1960, JCP 1960, II, 11833, note J.R.

(121) Paris, 3 janvier 1952, précit. ; adde crim. 17 octobre 1973, Bull. crim., p. 894, n° 365 ; Bull. mens. Joly 1974, p. 547 ; en ce sens, DALSACE in rev. soc. 1965, p. 78. Pour une hypothèse où le fournisseur de crédit a dû lui-même emprunter aux banques pour consentir le prêt litigieux alors qu'il ne pouvait recevoir aucune contrepartie et que ses fonds propres étaient notablement insuffisants, puisque les agios afférents à son propre endettement auprès des banques absorbaient non seulement son « cash flow » mais la substance même de son entreprise, v. l'arrêt déjà cité de la 9^e chambre de la Cour d'appel de Paris du 9.07.1979, inédit.

Mais vider la trésorerie d'une société pour en avancer le montant à une autre entraîne un risque évident d'illiquidité. Sans doute ne sera-t-il pas facile de l'évaluer objectivement (122), mais un dirigeant moyennement consciencieux aurait-il accepté de le faire courir à la société, même moyennant une convenable rémunération ? On peut ne pas l'admettre lorsque, par hypothèse, la société prêteuse n'a, elle-même, rien à attendre de la société emprunteuse. Cependant, il convient de nuancer quelque peu cette affirmation. Il est en effet des cas, il est vrai assez rares, où, à la suite de certaines opérations, une société peut disposer d'une trésorerie pléthorique. Sans doute une gestion prudente commandera-t-elle alors de financer des « stocks de précaution », d'investir dans des immobilisations que le manque de fonds n'avait pas permis d'acquérir jusque là. Mais rien ne s'oppose à ce que les liquidités excédentaires soient avancées à un tiers. Les circonstances qui font que le dirigeant est intéressé dans la société prêteuse et que les deux sociétés sont complètement étrangères l'une à l'autre et n'ont pas d'intérêts complémentaires paraissent alors complètement indifférentes. Au contraire, cette adéquation des besoins aux ressources est favorisée par l'identité des dirigeants qui, connaissant précisément la situation financière des deux sociétés, pourront utilement les rapprocher (123). L'opération s'analyse alors en un simple placement. Mais, comme toute opération de cette nature, elle fait surgir un autre risque, lié, quant à lui, à la non restitution des fonds.

B - LE RISQUE DE NON-RECouvreMENT

344. — Lorsque l'emprunteur éprouve des difficultés qui font craindre, dès la date du prêt, son incapacité de le rembourser au terme prévu, il n'est assurément pas normal qu'un prêteur potentiel, avisé de la situation, hasarde ses fonds à le soutenir. Au nom de quels intérêts communs et de quelle solidarité y consentirait-il ? Le prêteur et l'emprunteur sont des étrangers l'un vis-à-vis de l'autre. Or un dirigeant attentionné et soucieux des intérêts dont il a la charge ne se sert pas des ressources sociales pour voler au secours de tiers, voire de concurrents en difficulté. S'il y consent néanmoins et si le « tiers » n'est autre que lui-même ou une entreprise dans laquelle il est intéressé, il commet le délit d'abus de biens sociaux. La jurisprudence est ancienne sur ce point et n'a fait que transposer aux relations inter-sociétés sa position relative aux emprunts consentis par la société à l'un de ses dirigeants lorsque leur montant s'élève, en valeur absolue, à un niveau tel que l'emprunteur doit savoir, au moment de l'acte, qu'il sera dans l'impossibilité de restituer les fonds (124). Ainsi, dans le cadre d'un groupe, composé

(122) Cf. M. FLEURIET, *op. cit.*, p. 81.

(123) Cf. PASTRE, *op. cit.*, p. 321.

(124) V. notamment, sous la qualification d'abus de confiance, Paris 18 juillet 1906, *jour. soc.* 1906, p. 417.

de deux sociétés industrielles et d'une banque, le délit d'abus de confiance (125) a été établi à la charge de plusieurs administrateurs qui avaient procédé « à un retrait systématique des disponibilités de cette entreprise de la plupart des établissements bancaires où elles se trouvaient pour les concentrer, aussi dangereusement qu'ils l'ont fait dans une banque secondaire, la Banque Syndicale de Paris, dirigée par eux, dont ils connaissaient la situation précaire et, précisément en raison même de cette précarité, afin de l'aider à surmonter ses difficultés » (126). Cette circonstance était déjà à elle seule suffisante pour constituer matériellement le délit : comme le relève la Cour d'appel, « il y a lieu d'admettre, avec le tribunal, que les placements (127) ainsi aventurés en pleine connaissance, constituent à eux seuls et indépendamment de toute autre circonstance, un abus flagrant et pénalement répréhensible du mandat social des administrateurs, qui leur faisait un devoir strict de gérer avec prudence et désintéressement les intérêts de l'Électro-métallurgie de Dives, appréciés en eux-mêmes et en dehors de toute contingence étrangère à la société... ».

Mais il y avait plus : la Banque Syndicale de Paris, qui ne pouvait subsister que grâce aux prêts de la Compagnie de Dives, consentait sur ces dépôts des avances à une deuxième société industrielle, Textiloses et Textiles, que certains prévenus dirigeaient également. Or, cette dernière société, étant elle-même en difficulté, il était apparu à la Cour « qu'en réalité les administrateurs responsables de Dives... utilisaient les fonds sociaux pour enrichir d'autant, derrière le paravent constitué par la Banque Syndicale, la caisse particulièrement gênée de la Société Textiloses et Textiles... ».

345. — L'arrêt du 18 juillet 1938 de la Cour de Paris fait donc une application très exacte du principe : la connaissance par le dirigeant de la précarité de la situation du crédit implique une lésion délibérée de l'intérêt social (128). Sa mauvaise foi pourra être, semble-t-il, assez facilement établie, du moins si l'on retient la théorie jurisprudentielle de l'intention-connaissance, qu'il n'y a cette fois-ci aucune raison d'écarter (129). En effet,

(125) S'agissant de l'appréciation de l'intérêt social, la solution reste valable sous l'empire de l'article 437-3°, loi de 1966.

(126) Paris 18 juillet 1938, GP 1938, II, p. 189.

(127) La Cour qualifie plus exactement ces opérations par la suite : « Considérant qu'il ne pouvait plus s'agir là de dépôts, sinon dans leur forme extérieure, mais d'un véritable financement destiné à permettre à la Banque de faire face aux retraits de fonds qui l'épuisaient et de tenir contre vents et marées ».

(128) La même Cour, dans un arrêt plus récent (Paris 29 janvier 1976, Bull. Joly, n° 3, mars 1976, p. 142 ; Bull. C.A.C. septembre 1976, n° 23, p. 314) rappelle ce principe en retenant le délit d'abus du crédit de la société à la charge du président d'une société qui avait consenti une hypothèque sur un immeuble social en garantie d'un emprunt consenti à une autre société dans laquelle il était indirectement intéressé alors que celle-ci présentait un grave risque de défaillance, sa trésorerie n'étant plus assurée qu'à l'aide d'expédients.

(129) Autant il semble logique de caractériser la volonté du dirigeant de s'avantager personnellement, autant il s'avère inutile de chercher s'il a intentionnellement voulu porter préjudice à la collectivité des actionnaires : la volonté de nuire paraît bien insolite dans un groupement de capitaux (en ce sens, v. SCHMIDT, op. cit., n° 230).

son rôle de dirigeant commun de la société prêteuse et de la société emprunteuse lui donne un accès direct et immédiat à toute information les concernant. Il ne pourra donc pas invoquer son ignorance de la situation difficile de la société secourue et, éventuellement, de son état virtuel de cessation des paiements. Mais on critiquera néanmoins l'arrêt de n'avoir pas pris soin d'analyser les caractères du groupe dont il s'agissait. Très probablement, les sociétés en présence étaient loin d'être totalement étrangères l'une à l'autre : bien au contraire, certains indices, que la Cour ne prend pas en considération autrement qu'in pejus (130), font apparaître une assez forte solidarité entre les sociétés du groupe. Or, cette circonstance implique une analyse sensiblement différente du risque. De fait, la jurisprudence l'apprécie généralement d'une façon plus favorable au prévenu lorsque les sociétés en présence sont liées par un intérêt de groupe.

§ 2 — Le risque apprécié dans les rapports de sociétés liées par un intérêt de groupe

346. — « Tout appauvrissement, écrit M. FOUGÈRES (131), qui n'est pas fait dans l'intérêt direct de la société est fait contre elle, à son préjudice ». Mais, si cette affirmation semble assez bien convenir aux rapports de deux sociétés indépendantes, parfaitement étrangères l'une à l'autre, en revanche il est permis de douter de sa justesse dans les rapports internes à un véritable groupe économique. La société dominante n'est en effet plus alors un simple « rentier » nourri par des flux de dividendes en provenance des filiales. Elle organise et répartit entre ces dernières les tâches et imprime une certaine direction à leurs activités en vue d'un optimum global. Pour financer la conquête de nouveaux marchés ou la prise en contrôle de groupes concurrents, elle sera amenée à prélever les liquidités des sociétés les plus florissantes et contraindra parfois certaines à aliéner des actifs jugés improductifs ou peu rentables. Si on le lui reproche, la société dominante fera valoir qu'il en allait de l'intérêt du groupe, qu'elle apprécie l'intérêt du groupe de léser des sociétés bien intégrées et indispensables à son développement. Elle prétendra qu'un avantage en retour devait être obtenu et qu'il serait arbitraire de condamner sa politique et ses dirigeants sans procéder à une appréciation globale des relations entre la société et le groupe, sur une longue période.

(130) La banque faisait du soutien d'un groupe industriel ami sa raison d'être et son principe même d'existence, ce qui s'exprimait par cette formule, que la Cour juge audacieuse : « La banque pour le groupe et le groupe pour la banque » ; d'autre part, les locaux des deux sociétés industrielles étaient communs.

(131) FOUGÈRES, *juriscl. Sociétés*, fasc. pén., annexe H, n° 38.

347. — Mais les minoritaires, comme le parquet, contesteront, aussitôt informés, toute opération susceptible d'appauvrir la société et le juge se placera au jour de la décision pour apprécier la responsabilité du prévenu. Or, à cette date, il existe par hypothèse des transferts de trésorerie opérés dans des conditions anormales : la société s'est dépouillée de toutes ses liquidités ; le cas échéant, elle aura même été obligée de liquider des actifs pour se procurer les fonds destinés à l'opération.

Quelle sera donc l'attitude du juge ? Dira-t-il que les risques auxquels a été exposée la société sont trop élevés parce qu'ils dépassent ceux qu'aurait acceptés le dirigeant d'une entreprise indépendante se présentant librement sur le marché ? On ne saurait l'encourager à s'engager dans cette voie, à peine de nier complètement la réalité économique. La société est insérée dans un groupe, ses intérêts se trouvent donc dans celui-ci et dans son expansion. Aussi n'est-il ni réaliste ni rationnel de se référer ici au modèle d'une entreprise isolée. On ne résout pas un problème en le déplaçant sur un terrain qui n'est pas le sien. On doit donc approuver toutes ces décisions par lesquelles le juge, conservant le critère initial du dirigeant moyennement consciencieux, l'a adapté et mis à l'épreuve dans les conditions de groupe qui, par hypothèse, ont été celles du prévenu. La question qui se pose ainsi sera de savoir si « le dirigeant ordonné et consciencieux d'une entreprise dépendante » aurait accepté d'avancer les fonds sociaux dans les conditions de l'espèce (132). Or, en tant que dirigeant d'une société de groupe, le prévenu a pu prendre en considération des contreparties plus lointaines résultant de l'opération pour la société. C'est donc l'ensemble de la politique de groupe que le juge devra examiner et, tout particulièrement, le rôle assigné à la société par la direction centrale dans l'exécution de cette politique (133). Il faut apprécier l'opération attaquée « à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe » (134). Mais la notion d'intérêt du groupe, elle-même, n'est apparue que fort tard en jurisprudence.

348. — C'est que, dans la plupart des espèces soumises aux tribunaux, il n'était même pas utile de la dégager (135) : les sociétés, parties au rapport de financement litigieux, possédaient en effet des intérêts directement complémentaires. Or, si un dirigeant gère des intérêts qui sont en dépendance de ceux d'une autre entreprise, il est admissible qu'il prenne au profit de cette dernière des décisions risquées. En servant l'intérêt d'autrui, il sert médiatement

(132) On rapprochera utilement la solution résultant de l'article 317 de la loi allemande du 6 septembre 1965 — applicable aux groupes de fait — aux termes de laquelle la société dominante doit réparer les conséquences préjudiciables de toute opération imposée à la société dominée et que n'aurait pas décidée « le dirigeant ordonné et consciencieux d'une entreprise dépendante ». (V. Sinay, « Vers un droit des groupes de sociétés », G.P. 1967, I, doct. 70).

(133) En ce sens, v. BASTIAN, note sous Paris 9 janvier 1952, JCP 1952, II, 6970.

(134) T. corr. Paris 26 novembre 1968, cit.

(135) Sauf peut-être dans celle soumise à la Cour de Paris, 28 juillet 1938, arrêt précité.

l'intérêt dont il a la charge. Il restait donc à franchir une étape décisive : considérer qu'une société sert indirectement ses propres intérêts, en finançant une autre société avec laquelle elle n'a pas ou pas encore, de rapports, du simple fait que les deux sociétés se trouvent insérées dans un même groupe de sociétés. Cette étape, les juges correctionnels de Paris (136) l'ont franchie, si bien qu'à l'heure actuelle, on peut concevoir non pas un double fait justificatif, mais une double raison d'apprécier plus largement l'intérêt social, élément constitutif du délit d'abus de biens sociaux dans le cadre des groupes : l'existence d'une communauté d'intérêts entre les parties au rapport de financement et, chose nouvelle, l'existence d'un intérêt du groupe.

A - LA COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS ENTRE LES PARTIES AU RAPPORT DE FINANCEMENT

349. — Il est bien évident qu'une société commerciale ne pourra satisfaire ou, a fortiori, accroître ses commandes si son fournisseur doit cesser ou réduire son activité. Aussi le dirigeant de la première, même s'il est intéressé dans la seconde entreprise, peut-il légitimement financer cette dernière et exposer la société à certains risques. L'idée, sommairement exprimée, a été à maintes reprises développée par les juges du fond.

Ainsi, dans une affaire soumise au tribunal de la Seine le 5 juillet 1960 (137), il était reproché le délit d'abus de biens à un sieur D. pour avoir utilisé la trésorerie d'une SARL « SEPAM » dont il était le gérant, au profit d'une société anonyme « Compagnie Nord-Alpes » où il occupait les fonctions de directeur général. Il s'agissait d'une facilité de caisse gratuite et régulièrement portée au bilan. Après avoir rappelé le principe selon lequel, « pour apprécier si l'usage des biens d'une société au profit d'une autre a été abusif, il convient de replacer l'usage incriminé dans son contexte industriel ou commercial et de considérer l'ensemble des rapports ayant existé entre les deux sociétés », le tribunal relève que la SEPAM était une petite société, sans surface, pour laquelle il était difficile d'entreprendre sans appui ses activités (exploitation en France de brevets étrangers). Une puissante société anonyme, la Compagnie Nord-Alpes, recherchait dans le même temps des fabrications spéciales que l'exploitation des brevets étrangers, sous le couvert de la SEPAM, pouvait lui fournir. Ainsi, les besoins des deux sociétés s'avéraient parfaitement complémentaires. Pour qu'elles puissent efficacement travailler ensemble, la direction devait être unique : le directeur général de Nord-Alpes devint alors gérant associé de la SEPAM.

La société Nord-Alpes s'était, de plus, engagée à fournir à la SEPAM un siège social et à faire bénéficier cette dernière société de son organisation,

(136) La Cour de Cassation n'a pas encore été saisie de cette question à notre connaissance.

(137) T. corr. Seine, 5 juillet 1960, rev. soc., 1961, p. 82 ; JCP 1961, C.I., 69082 ; v. égal. : t. corr. Seine, 13 juillet 1963, G.P. 1963, II, 325 ; Amiens, 11 juillet 1962, G.P. 1963, I, 438.

notamment à tenir sa comptabilité et à effectuer pour son compte tous les encaissements et règlements. Pour faciliter l'exécution de cette dernière obligation, il fut convenu d'une convention de compte courant, stipulée sans intérêt et à durée indéterminée.

Après avoir été longtemps créateur, le compte courant Nord-Alpes devenait débiteur, à une époque où cette société éprouvait une gêne de trésorerie, pour redevenir finalement créateur. La prévention prit argument de cette position débitrice momentanée pour reprocher au dirigeant commun un usage abusif des biens de la SEPAM. Les juges relaxèrent néanmoins le prévenu au motif que « les deux sociétés étaient indiscutablement liées par une communauté d'intérêts qui les poussait à se soutenir réciproquement ». En d'autres termes, il existait bien une complémentarité des activités, donc des besoins, telle que chacune des sociétés avait un intérêt essentiel à la bonne marche de l'autre.

Une rémunération de l'aide n'apparaît plus nécessaire pourvu alors que la gratuité soit réciproque : ainsi, selon le Tribunal correctionnel de la Seine, « Nord-Alpes a d'abord permis les premiers pas de la SEPAM, société naissante et sans surface en lui consentant des avances sans intérêts ; que par la suite, la SEPAM a soutenu Nord-Alpes lors d'une difficulté de trésorerie passagère en la faisant bénéficier d'une facilité de caisse qui a d'ailleurs cessé dès que cette difficulté a disparu ; que dès le début de 1952, Nord-Alpes était redevenue créancière cependant que les garanties offertes à son avance n'avaient rien de commun avec celles qu'elle offrait elle-même quand la situation était inversée ; qu'en définitive, il échet donc de constater que les deux sociétés se sont mutuellement épaulées dans leur intérêt commun bien compris et sans que l'une ou l'autre ait été frustrée ».

350. — L'opinion qu'une société peut, conformément à ses propres intérêts bien compris, avancer gratuitement des fonds à une autre, même si l'opération est risquée, pourvu que les sociétés en présence soient placées dans une situation d'interdépendance, s'affirme également dans un jugement plus récent du tribunal correctionnel de Paris (138). En l'espèce, un sieur R. avait créé, en vue de la réalisation d'une vaste opération immobilière pour le compte de l'armée américaine, une société anonyme CIMR dont il était devenu le président-directeur général. Pour permettre une organisation rationnelle du travail, il avait divisé les tâches entre plusieurs sociétés : la CECI (acquisition de brevets), l'UFEC (études et recherches de marchés) et la PREPANO (fabrication et pose de panneaux préfabriqués).

Les activités de ces sociétés et de la CIMR étaient si étroitement complémentaires et imbriquées que le groupe fonctionnait en réalité en circuit fermé. Bien plus, le fonctionnement, voire la survie du groupe dépendaient d'une circulation continue des flux financiers internes : « sans

(138) T. corr. Paris 26 novembre 1968, G.P. 1969, I, 309, note LACAN.

ressources propres et sous la dépendance financière de la CIMR, la seule à disposer grâce au "Housing Program" d'une source de financement... » les sociétés membres du groupe ne pouvaient survivre que grâce aux avances de la CIMR ou disparaître avec cette dernière.

Paradoxalement, le tribunal saisi de la licéité des avances consenties par la CIMR « à une phase cruciale de son existence » ne semble guère se fonder sur cette dépendance financière fondamentale. L'accent est mis en effet sur la très forte interdépendance commerciale et industrielle des sociétés groupées : « ... dans les rapports de la CIMR et de la société Prépano, son principal fournisseur, il était conforme à la pratique commerciale que les besoins de la trésorerie de Prépano fussent assurés, tout au moins pour partie par la CIMR ». Il devait d'autant plus en être ainsi que l'aide financière consentie au fournisseur « ... était destinée à parfaire ses installations industrielles et à accroître sa capacité de production » (139).

351. — C'est donc moins par référence « à la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe » que par comparaison avec les pratiques commerciales entre entreprises économiquement interdépendantes que se fonde sur ce point la solution du tribunal correctionnel de Paris. En revanche, la considération du « but commun » des sociétés groupées, que l'on appellerait, depuis l'affaire Willot, l'intérêt du groupe, a été décisive pour que soient admis qu'une filiale puisse produire à bas prix pour les autres sociétés du groupe et, d'autre part, condamnés d'autres faits qui ne profitaient qu'à la seule direction du groupe (140). Mais l'idée d'une complémentarité d'intérêts venant justifier des opérations autrement délictueuses a été suggérée par la Cour de cassation elle-même (141). En l'espèce, l'administrateur commun de deux sociétés, condamné pour avoir utilisé les biens de l'une au profit de l'autre à l'occasion d'une vente conclue entre elles, faisait valoir devant la Chambre criminelle qu'« en compensation des acquisitions défavorables pour la S.E.M.I.B., il lui en aurait fait faire, en revanche, d'autres qui étaient avantageuses pour cette société ». La Cour de cassation rejeta l'exception civile de compensation qui ne pouvait « retirer aux opérations retenues par la prévention leur caractère délictueux », conformément à sa jurisprudence antérieure (142). Mais, la Haute Cour, qui aurait

(139) De la même manière, les avances de la PREPANO à l'UFEC ne présentaient, selon le tribunal, aucun caractère délictueux car il est « rationnel qu'une société appelée à bénéficier des marchés à venir soutienne financièrement la société chargée de leur prospection, quitte à en tenir compte une fois le marché obtenu et à en supporter la perte au cas contraire ».

(140) Ainsi, l'absence de profit tiré du perfectionnement d'un brevet pour une filiale alors qu'elle a participé à ce perfectionnement, des versements sans contrepartie faits à un tiers ainsi que des avances entre sociétés groupées s'analysant en des remises indirectes au maître de l'affaire ont été analysées par le tribunal comme des abus des biens sociaux.

(141) Crim. 16 décembre 1975, JCP 1976, 18476, note DELMAS-MARTY.

(142) V. not. crim. 24 mars 1969, Bull. crim., n° 130.

parfaitement pu s'en tenir là pour écarter le moyen, précise, et c'est tout l'intérêt de l'arrêt à notre point de vue, l'absence d'« intérêts complémentaires » entre les sociétés concernées. L'argument est certes a contrario ; cependant, la netteté et l'inutilité en l'espèce de son affirmation laissent à penser qu'en présence d'intérêts effectivement complémentaires, la solution eût été différente (143).

352. — Cette justification du comportement du prévenu par la complémentarité d'intérêts (144) existant entre la société qu'il a appauvrie et celle qu'il a favorisée ne peut surprendre. Un dirigeant sait qu'il doit exposer un tel risque au profit de sociétés dont il dépend sous peine de courir à la ruine. Il peut légitimement espérer aussi une contrepartie ultérieure lorsque les affaires du crédit se porteront mieux, de même qu'il lui est permis de croire à une aide en retour en cas de besoin. Mais n'est-il pas possible de dépasser cette conception, purement bilatérale, d'une interdépendance mutuelle pour saisir cette notion à une échelle autrement plus vaste, celle du groupe tout entier ?

B - LA RÉFÉRENCE AUTONOME A L'INTÉRÊT DU GROUPE

353. — Dans les groupes de grande envergure, la société prêteuse n'entretient pas nécessairement des relations d'affaires directes avec la société emprunteuse. Envisagées seules, les sociétés n'ont donc pas toujours des

(143) En ce sens, M. DELMAS-MARTY, note sous crim. 16 décembre 1975, précité ; cette interprétation semble confirmée par une décision du T. corr. Paris, 11^e ch., 2^e sect., 1^{er} juillet 1977, inédit (aff. Ricat, Bonnet, Modiano) : « attendu que le 6 juillet 1967, Modiano a fait prendre à la société France-Élevage une participation majoritaire dans la société belge SOCOMARE dont il était actionnaire et administrateur délégué depuis le 25 octobre 1966 ; attendu que malgré des résultats déficitaires, France-Élevage a consenti à SOCOMARE d'une manière directe et permanente des avances qui atteignirent la somme de 470.000 F au 31 décembre 1969, date de la cessation des paiements : attendu que de telles avances accordées à une société ayant le même objet et dont l'activité n'était pas complémentaire ont appauvri la société France-Élevage sans contrepartie ; que dès lors il est établi que MODIANO a abusé des biens sociaux au profit d'une société dans laquelle il était personnellement intéressé ». La Cour d'appel de Paris (9^e ch., 2.04.1979) approuvée par la Chambre criminelle (cass. crim. 21.04.1980, D. 1981, 33, note COSSON) a disqualifié l'abus des biens sociaux en détournement d'actif, constitutif du délit de banqueroute frauduleuse, et ce, bien que les éléments du premier délit paraissaient réunis. Était-ce, comme le suggère M. COSSON, pour exclure le bénéfice d'une future loi d'amnistie ? (de fait, la loi n° 81-736 du 4.08.1981, comme généralement les lois portant amnistie, a formellement exclu — art. 28-3° — de son application, les délits de banqueroute frauduleuse).

(144) Il ne faut, semble-t-il, pas confondre la complémentarité d'intérêt et la complémentarité des activités. Sans doute, certains juges ont-ils parfois confondu les deux notions (v. en dernier lieu, T. corr. Paris, 1^{er} juillet 1977, précité) et l'idée se justifie-t-elle sur un plan financier (M. FLEURIET, op. cit., p. 81 : si les deux sociétés « n'opèrent pas exactement dans le même secteur économique », elles « ne risquent pas d'être touchées en même temps par une crise de liquidités »). Mais, d'une part, le risque d'illiquidité n'est pas le seul risque que doit envisager un dirigeant et, d'autre part, l'appartenance de l'entreprise à un secteur donné n'est que l'un des

intérêts communs. En revanche, du fait de leur situation dans un groupe, elles ont un égal intérêt au développement de celui-ci, développement dont elles sont destinées à recueillir à terme les fruits. Elles éprouvent donc une certaine solidarité du simple fait qu'elles concourent toutes deux à un but commun qui les dépasse. La considération de l'intérêt du groupe les rapproche et réunit leurs intérêts respectifs. Le tribunal correctionnel de Paris (145) l'avait déjà admis en décidant qu'une opération entre sociétés groupées doit normalement concourir au but commun tel qu'il est déterminé par la direction du groupe. Les mêmes juges, dans la célèbre affaire Willot (146), ont eu l'occasion de préciser leur position. En l'espèce, il était notamment reproché aux prévenus d'avoir utilisé la trésorerie d'une société Saint-Frères pour prendre le contrôle de cette société (147), et de la société du Bon Marché, la trésorerie de cette dernière ayant elle-même servi à prendre le contrôle de la société « La Belle Jardinière ». Comme les sociétés nouvellement entrées dans le groupe n'avaient évidemment pas, en tant que sociétés, des intérêts communs avec la personne des bénéficiaires de ces opérations financières, les juges ont cru devoir aller plus loin et s'attachèrent à déterminer si ces opérations « ont eu lieu au profit d'autres sociétés du groupe, dans le cadre d'une politique de groupe ».

La très remarquable motivation du tribunal mérite d'être rapportée :

« qu'en l'espèce, il convient de rechercher si, compte tenu de l'intérêt que présentait pour Saint-Frères son entrée dans un groupe dynamique, les ponctions considérables réalisées dans sa trésorerie pour la prise du contrôle du Bon Marché étaient admissibles ; qu'il n'est point aisé de déterminer objectivement les mobiles réels des dirigeants d'un groupe et d'établir si l'intérêt économique doit l'emporter sur des principes juridiques qui peuvent apparaître surannés ; qu'à défaut d'une législation sur les groupes, on doit rechercher :

1^o) si l'on se trouve en présence d'un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et si les éléments qui le composent, même parfois disparates, concourent à la réalisation de "l'objet social" du groupe, qui peut alors provisoirement se substituer à l'objet social des diverses sociétés qui le composent ;

2^o) si les sacrifices demandés à l'une des sociétés ont bien été réalisés dans l'intérêt du groupe pour le maintien de son équilibre, ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente, et non dans l'intérêt personnel de ses dirigeants ;

facteurs importants, certes, de la survenance de ce risque. Ainsi, des entreprises non complémentaires (v. CE 6 février 1970, req. 71851, « Droit fiscal », 1970, com. 536) ou même concurrentes peuvent-elles dans certains cas posséder des intérêts communs, justifiant que l'une s'expose à certains risques au profit de l'autre (v. supra, n° 180).

(145) T. corr. Paris, 11^e ch., 26 novembre 1968, précité.

(146) T. corr. Paris, 11^e ch., 16 mai 1974, précité.

(147) Comportement qui a été sanctionné (v. supra, n° 326, ad. notam).

3^o) si ces sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques trop importants, sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles, permettant de prévoir, au moment même de la décision, des difficultés graves pour l'avenir, préjudiciables à ses actionnaires et à ses créanciers personnels ; que, si ces conditions sont réunies, les éléments juridiques classiques constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont à écarter, les dirigeants du groupe ayant nécessairement des intérêts directs ou indirects dans l'ensemble des sociétés et leurs intérêts personnels étant souvent difficiles à distinguer de l'intérêt du groupe ; (...) que rien ne permet d'affirmer qu'en 1969, les frères Willot ont délibérément cherché à sacrifier la Société Saint-Frères ; que, dès lors, les avances de cette société à d'autres sociétés du groupe, répondant à la poursuite d'intérêts légitimes, ne constituent pas des agissements délictueux : que les quatre prévenus doivent être relaxés, pour ces faits précis, du chef d'abus de biens sociaux ».

354. — Ainsi donc, l'intérêt du groupe, mais non l'intérêt personnel de ses dirigeants ou de la société dominante, permet d'infliger des sacrifices aux sociétés membres sans toutefois les sacrifier. Mais encore faut-il qu'un véritable groupe existe. Or, selon le tribunal, il n'y a lieu d'« écarter... les éléments juridiques classiques constitutifs du délit » (148) qu'en présence d'un groupe « fortement structuré » et disposant d'un « objet social » (149) particulier, auquel « concourent » les divers « éléments » même parfois disparates qui le composent.

Mais, que doit-on entendre par la formule « un groupe fortement structuré » ? Il s'agit selon la doctrine (150), d'un groupe véritablement et durablement (151) organisé. On pense donc immédiatement à une domina-

(148) La formule est indéniablement vicieuse : il n'y a pas, à vrai dire, d'éléments « classiques » de l'infraction. S'il est peut-être vrai que les juges ont eu plus fréquemment à connaître d'abus commis dans le cadre de sociétés isolées, le délit, s'il est reproché au dirigeant d'une société de groupe, exige toujours, outre la volonté de s'avantager personnellement, la méconnaissance par le prévenu de l'intérêt social. Il n'existe pas d'abus des biens du groupe ; et le tribunal d'ailleurs ne va pas aussi loin, contrairement à ce qu'a pu écrire à ce sujet un commentateur (SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social » art. précit.). L'intérêt du groupe a seulement pour effet d'enrichir et de nuancer l'appréciation que pourrait faire un dirigeant consciencieux des intérêts de l'entreprise qu'il gère.

(149) On regrettera également que le tribunal relève « l'objet social du groupe... peut alors provisoirement se substituer à l'objet social des diverses sociétés qui la composent ». D'abord, on pouvait éviter cette curieuse référence à « l'objet social » du groupe en la remplaçant par celle d'« objet économique », les groupes dont il est question tendant bien à intégrer les divers objets des sociétés qui en sont membres dans une grille d'ensemble correspondant à leur objet économique propre. Ensuite, c'est de l'intérêt social qu'il s'agit, non de l'objet social : quel pouvoir a un juge correctionnel de vérifier que l'objet de la société a été respecté par ses contrôleurs ?

(150) TROCHU, JEANTIN, LANGE, art. précit., p. 17.

(151) La réunion des sociétés ne doit pas reposer sur des bases artificielles. On en a déduit que « la formule du conglomérat financier américain fondée sur des prises de participation momentanées à des fins spéculatives se trouve ainsi exclue ». (TROCHU, JEANTIN, LANGE, art. précit.).

tion fondée sur des participations en capital. Cependant, rien n'exclut qu'elle ne repose sur d'autres causes (152). D'ailleurs, d'une façon générale, le simple fait que la société au sein de laquelle le prévenu a commis ses agissements ait la qualité de société-mère de la société emprunteuse semble peu compter aux yeux des juges répressifs. Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal correctionnel de Paris, dans son jugement précité du 26 novembre 1968, n'a pas pris en considération la qualité de société-mère de la société prêteuse (CIRM) qui détenait pourtant 87 % du capital de la société emprunteuse (société PREPANO) (153).

355. — En revanche, l'élément véritablement décisif semble être l'existence d'un « objet économique » du groupe en tant que tel. On en déduira logiquement que, pour la satisfaction de son « objet », le groupe devra avoir aménagé une division du travail entre ses membres et réparti entre eux les tâches. La même idée, déjà soulignée, de complémentarité revient donc naturellement : dans un tel groupe, les sociétés assurent des fonctions complémentaires les unes des autres de sorte que chacune d'elles concoure pour sa part à la réalisation de l'objet propre du groupement.

Seulement, cette complémentarité d'intérêts n'est plus observée à l'échelle des rapports entre les parties à l'opération litigieuse. Elle est relevée au niveau du groupe tout entier. Dès lors, les conditions dans lesquelles la culpabilité du prévenu doivent être appréciées, sont modifiées : du fait de la durable interdépendance des sociétés groupées, inhérente à l'organisation même du groupe en unités complémentaires contribuant respectivement à l'accomplissement d'un but commun, chacune d'elles peut trouver un intérêt à en avantager une autre.

L'intérêt commun du groupe, dont les propres intérêts de la société concernée sont en dépendance, en sera promu. Bien entendu, il faudra que les sacrifices acceptés par la société aient été effectivement infligés dans l'intérêt du groupe — et non dans l'intérêt des seuls contrôleurs — « pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente ». Par cette exigence, la décision du 16 mai 1974 des juges correctionnels de Paris admet donc que, si les ressources de trésorerie sont abondantes ou sans emploi pour l'une des sociétés, elles peuvent être mises à la disposition d'autres sociétés déficitaires. C'est en effet là la condition de l'équilibre du groupe. De même, elles peuvent servir à l'expansion du groupe en permettant de financer la prise de contrôle d'autres sociétés concurrentes : les prélèvements de trésorerie et leur emploi en prêts et avances pourront s'analyser comme une condition de la poursuite d'une politique de développement.

(152) La jurisprudence admet en effet qu'une domination puisse s'exercer par la voie d'un contrat. Pour un exemple, v. crim. 27 juin 1972, D. 1972, 695, note Ph. L.T. ; JCP, 1973, II, 17335, note MAYER, rev. soc. 1973, 134, obs. BOULOC.

(153) Il en va de même dans la décision inédite citée de ce même tribunal en date du 1^{er} juillet 1977 : les avances étaient consenties par une mère à sa filiale.

356. — Mais cette latitude donnée à la direction du groupe a des limites. Par hypothèse, en effet, la société prêteuse ne peut espérer aucune contrepartie directe de ses rapports avec l'emprunteur dans un avenir prévisible. Peut-être cette contrepartie est-elle probable, puisque la prise de contrôle témoigne du caractère de rouage indispensable de la société dans la stratégie du groupe. Mais elle peut paraître lointaine alors que les sacrifices consentis sont, eux, immédiats et patents. Aussi le « dirigeant ordonné d'une entreprise dépendante » ne devait-il pas accepter, dans l'intérêt du groupe, de faire courir à la société n'importe quel risque. Selon le jugement du 16 mai 1974, ces risques ne doivent pas être « trop importants », c'est-à-dire dépasser les possibilités réelles de l'entreprise ou ses chances d'obtenir une « contrepartie suffisante ».

On s'étonnera de la formule utilisée par les magistrats. En effet, sous son apparente simplicité, elle dissimule les plus graves difficultés en raison de son imprécision manifeste. D'abord, on peut se demander quelles sont les « possibilités réelles » d'une entreprise. La signification de l'expression semble devoir être recherchée dans un autre passage du jugement : « attendu cependant qu'à l'époque des faits, de juillet à décembre 1969, les avances de la société Saint-Frères ont bien été réalisées dans le dessein de servir à la prise de contrôle du Bon Marché, susceptible de renforcer la puissance du groupe et que les Frères Willot ne semblent pas avoir poursuivi un intérêt personnel contraire à cette politique ; **que, si ces avances ont momentanément tari les ressources de Saint-Frères, elles n'ont pas ébranlé sa capacité de production** ».

357. — Si l'on accepte cette interprétation, on notera que l'analyse juridique rejoint ici en tous points l'analyse financière (154). En effet, dans une entreprise, certaines ressources sont nécessairement affectées à l'activité industrielle pour le maintien de la capacité de production ; d'autres, les excédents de trésorerie, sont placées à vue, se trouvent en caisse. Elles peuvent aussi, parfois plus judicieusement, servir à des placements (titres ou immeubles) ou être employées à l'acquisition de stocks supplémentaires (par souci de précaution ou de spéculation) ou encore à un règlement plus rapide des fournisseurs, ce qui peut accroître la capacité d'endettement.

Dès lors, selon le tribunal, il n'y a aucun préjudice pour la société à utiliser sa trésorerie — apparente ou dissimulée sous d'autres postes au bilan — en prêts et avances au profit du groupe. Ce n'est que si ces financements ont exigé comme préalable la liquidation d'actifs industriels qu'ils

(154) M. FLEURIET, op. cit., p. 80. Mais non l'analyse comptable ; en effet, ni le Plan comptable 1957 ni le Plan comptable révisé, élaboré conformément aux dispositions de la 4^e Directive annuelle sur les comptes annuels des sociétés de capitaux (arrêté 15.06.1979) ne particularisent le sort des « immobilisations hors exploitation ». L'analyse externe ne pourra donc « diagnostiquer » la marge de sécurité que représentent ces biens qui, du point de vue financier, sont « disponibles puisqu'ils peuvent être rapidement transformés en monnaie sans nuire au fonctionnement normal de l'entreprise » (J. LATREYTE, « L'analyse du bilan : ce qu'on ne pourra pas lui faire dire... malgré les apports du Plan comptable révisé ». Rev. Banque, 1981, p. 470).

deviennent illicites. Ils dépassent alors ses « possibilités réelles », car l'entreprise voit son fonctionnement altéré ou paralysé (155).

358. — Le délit serait alors constitué, à moins que (156) ne soit versé à la société une « contrepartie suffisante ». Sans doute le prévenu devait-il être en mesure d'espérer une telle contrepartie pour toute opération traitée avec le groupe : tout avantage consenti mérite un avantage en retour. Mais, à notre avis, le tribunal désigne ici une « rémunération » différente de celle que tout prêteur doit pouvoir espérer en échange de la privation des capitaux qu'il a acceptée (157). Il vise plus précisément ici une indemnité, celle que devraient verser les dirigeants en compensation du dommage qu'ils font subir à la société en l'obligeant à dépasser ses « possibilités réelles », à peine de poursuites pénales. On remarquera que l'ambiguïté du mot « contrepartie » dans son double sens de rémunération et d'indemnité permet cette interprétation. Mais, surtout, l'analyse proposée paraît se situer dans la logique d'une décision très attachée à conformer la règle de droit aux besoins économiques : si la direction du groupe estime souhaitable de modifier ou d'arrêter l'exploitation d'une filiale, qui, par exemple, était vouée à la ruine ou s'avérait simplement faiblement rentable, elle est en droit de liquider son potentiel productif et d'utiliser les capitaux ainsi dégagés au financement des autres sociétés du groupe. Mais il lui faudra alors indemniser la société à hauteur de l'atteinte portée à sa capacité de production, cette volonté « de faire la contrepartie » devant résulter des circonstances contemporaines aux opérations critiquées.

(155) Dans leur décision précitée du 26 novembre 1968, les juges correctionnels de Paris se montrèrent plus précis en visant explicitement les possibilités **financières** de la société : « que si, perdant son individualité, chaque opération doit ainsi s'apprécier hors du cadre de la structuration des entreprises, à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe, encore faut-il qu'elle concoure au but commun, sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge ». V. égal. Paris, 9^e ch., 16.05.1980, inédit : « L'intérêt du "groupe"... ne peut prévaloir... au prix d'une rupture d'équilibre entre les engagements respectifs des sociétés le composant et du sacrifice de l'une d'elles amenée à la déconfiture par des opérations (de très importantes avances de fonds) excédant ses **possibilités financières** et compromettant irrémédiablement son avenir ».

(156) Le tribunal correctionnel de Paris utilise la conjonction « ou » exprimant par là une alternative : « sans contrepartie suffisante **ou** hors de proportion avec ses possibilités réelles... ».

(157) A défaut d'un intérêt financier prévu par contrat, il semble nécessaire — mais suffisant (en ce sens TROCHU, JEANTIN, LANGE, art. précit., p. 18) — que le prévenu ait pu raisonnablement croire à l'obtention d'une compensation économique équivalente au sacrifice consenti. Mais l'avance ne sera pas contraire à l'intérêt social pour cette seule raison que la contrepartie envisagée n'a pas eu d'existence effective. Le délit exige en effet que la survenance d'un préjudice social et l'absence de contrepartie aient été délibérément acceptées par le prévenu à la date de l'opération. Or, l'absence d'avantage futur peut simplement procéder de pures contingences commerciales. Comme le décide encore le tribunal correctionnel de Paris (26 novembre 1968, précité) « aucune infraction ne saurait être relevée dans le versement des avances faites à l'UFEC par la société Prépano, ... que si par la suite (elles) n'eurent pas de contrepartie effective, (elles) se justifient néanmoins par la perspective des commandes que l'UFEC était en droit d'escompter des pourparlers qu'elle menait avec les municipalités de Tours et de Cannes et qui ne furent rompus que pour des raisons touchant à la personnalité de H ». Il s'agit, en effet, alors de risques habituels de gestion, éventuellement constitutifs d'une faute civile, mais non répréhensibles sur le plan pénal (v. T. corr. Seine, 13 décembre 1955, précit.).

TITRE II

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS SOCIAUX

359. — Les procédés de pillage du patrimoine social sont légion : vente à vil prix des immeubles, du fonds de commerce, des stocks ; cession des brevets ou du portefeuille titres à un prix symbolique... Parmi eux, se situent en bonne place les prêts et avances entre sociétés de groupe. Ainsi, une filiale peut se voir intimer l'ordre d'avancer sa trésorerie à d'autres sociétés apparentées. Pour réunir les capitaux nécessaires, elle devra parfois utiliser les acomptes sur commandes, ce qui pourra la mettre dans l'incapacité d'honorer les ordres reçus de ses clients, voire dans certains cas liquider une part substantielle de ses actifs. La jurisprudence fournit des exemples où une filiale a été contrainte d'arrêter sa propre exploitation pour garantir, sur tout son patrimoine, le passif d'une société dominante en difficulté (1) ou de déposer elle-même son bilan parce qu'il ne lui a pas été possible de récupérer les sommes considérables prêtées à des sociétés du groupe (2).

Mais la technique des prêts et avances se prête à un appauvrissement beaucoup plus insidieux encore dans certaines hypothèses. Ainsi une filiale, grâce au produit de prêts reçus de son groupe, devra-t-elle investir pour l'acquisition d'équipements qui seront exclusivement utilisés par d'autres sociétés. Quelques temps après, elle sera mise en demeure de rembourser. Dans l'impossibilité de s'exécuter, elle consentira à rembourser sa dette par dation en paiement de ses immeubles, titres, brevets, stocks, etc... Le patrimoine s'épuisera et les actifs disparaîtront (3). De la même manière, la filiale sera obligée d'autoriser des lignes de crédit en compte pour une durée indéterminée. L'argent restera en permanence « en dehors » de la société et personne n'en demandera la restitution. Sans doute, sur le plan comptable, n'enregistrera-t-on pas un appauvrissement, sauf évidemment dans le cas d'une remise de dette ou de la passation de la créance en profits et pertes en cas de défaillance de l'emprunteur. Mais que vaut une créance quand son titulaire « accepte » de ne jamais la recouvrer ? En réalité, il s'agit bien d'un actif imaginaire.

(1) Exemple tiré de Colmar, 21 mars 1972, R.T.D.Co. 1973, 357, obs. HOUIN.

(2) C'était le cas de la filiale belge (« Les Galeries Anspach ») du groupe Agache-Willot : « Le Monde » du 16 juillet 1981.

(3) Exemple tiré de Paris, 3^e ch., 7 avril 1978, inédit, aff. Pons-Stein, Synchrolub.

360. — Voilà assurément des procédés permettant de subtiliser aux créanciers de la société concernée tout ou partie de leur gage. Mais ceux-ci doivent-ils assister, impuissants, à de telles manœuvres ? Dans un premier mouvement, on serait porté à s'y résigner : il leur est interdit de s'immiscer dans la gestion des affaires de leur débiteur. Même s'ils ont le droit d'être ponctuellement payés à l'échéance, le défaut de règlement à cette date ne leur donne pas en principe la faculté de contester les actes de leur débiteur qui l'auraient, selon eux, mis dans l'impossibilité d'honorer ses dettes. Toute entreprise doit prendre des risques et ses créanciers peuvent s'attendre à ce qu'elle enregistre le cas échéant des pertes.

Mais la situation est complètement différente lorsque l'appauvrissement est délibéré et vise à transférer les ressources sociales au profit du groupe. En pareil cas, les créanciers pourront obtenir réparation des suites préjudiciables de l'opération de prêt elle-même (chapitre I). Il leur est encore possible d'aller beaucoup plus loin dans certains cas : face à un débiteur qui a cessé ses paiements (4), la loi leur permet non seulement de se retourner

(4) La jurisprudence paraît avoir renoncé à sa définition traditionnelle de l'état de cessation des paiements qui exigeait à la fois un arrêt matériel des paiements (ou, le cas échéant, l'emploi de moyens frauduleux ou ruineux destiné à prolonger artificiellement la vie de l'entreprise) et la constatation d'une « situation désespérée, irrémédiablement compromise et sans issue » qu'ils révélaient, cette dernière condition caractérisant véritablement l'état de cessation des paiements (Com. 6 juillet 1971, Bull. IV, n° 195, p. 183 ; R.T.D.Co. 1972, 490, n° 21, obs. HOUIN ; 19.02.1974, Bull. IV, p. 52, n° 66 ; 5.01.1977, D. 1977, I.R., 165, obs. HONORAT). La Cour de cassation se contente à présent de constater que l'entreprise est hors d'état de « faire face à son passif exigible avec son actif disponible » pour caractériser l'état de cessation des paiements (Com. 14 février 1978, D.S. 1978, I.R., p. 443, obs. A. HONORAT ; 3.10.1978, Bull. IV, n° 209 ; Bull. IV, n° 66, p. 55 ; Bull. Nat. C.A.C., 1978, n° 32, p. 448 ; 16.01.1979, JCP 1979, IV, 99 ; 16 janvier 1980, Bull. IV, n° 28, p. 22, JCP 1980, IV, 123 ; 7 mai 1980, Bull. IV, p. 144, n° 181 ; 18 juin 1980, Bull. IV, n° 261, p. 212). Des arrêts antérieurs de la Chambre commerciale existent qui se réfèrent eux-aussi au seul critère comptable sans considérer le critère tiré de la situation irrémédiablement compromise ou sans issue (not. Com. 10.05.1971, JCP 1971, IV, 156 ; 5 juin 1972, Bull. IV, p. 168, n° 172 ; 7 mai 1973, R.T.D.Co 1973, 879, Obs. HOUIN ; 12 mars 1974, Bull. IV, p. 72, n° 90 ; 28 février 1977, Bull. IV, p. 55, n° 62). Mais aucun n'est, semble-t-il, aussi net que l'arrêt précité du 14 février 1978 qui, le premier, a cassé une décision d'une Cour d'appel pour avoir écarté l'état de cessation des paiements au motif que la situation du débiteur n'était pas désespérée et sans issue. Ce « raidissement » de la jurisprudence se justifie, semble-t-il, en fait, par la volonté de ménager des chances plus fortes de sauver l'entreprise en permettant l'ouverture plus précoce d'une procédure collective et, en droit, par l'étroitesse de la définition antérieure de l'état de cessation des paiements qui, logiquement, n'aurait dû entraîner que la liquidation des biens du débiteur. Toutefois, pour amoindrir la rigueur de cette nouvelle conception de la cessation des paiements, certains ont proposé que « l'actif disponible » devrait également comprendre les possibilités de crédit qui restent à l'entreprise et, d'autre part, que l'existence, seulement passagère, d'un passif exigible supérieur à l'actif disponible ne caractérise pas l'état de cessation des paiements. (Voir déjà : DU PONTAVICE « le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement », Bull. Nat. C.A.C. 1976, 489 et s. ; HONORAT, obs. préc.). De fait, dans l'analyse financière, l'état de cessation des paiements apparaît lorsque l'entreprise, ayant en vain utilisé et épuisé toutes les ressources dégagées par l'exercice de son activité pour payer ses dettes, certaines, liquides et exigibles, se voit refuser par les fournisseurs de crédit les moyens normaux (et donc non artificiels, ni frauduleux, ni ruineux) nécessaires à couvrir les besoins financiers indispensables à la continuation de son exploitation, cette situation déficitaire

contre la société dominante qui, à leurs yeux, l'y aura acculé, mais elle les autorise également, de même que la jurisprudence, à invoquer les flux financiers existant à l'intérieur du groupe pour abattre le cloisonnement patrimonial instauré entre les sociétés groupées. C'est alors au fond la négation même du groupe de sociétés que les créanciers pourront obtenir (chapitre II).

devant être suffisamment grave et durable. L'approche financière n'est donc guère éloignée de l'analyse juridique de la notion de cessation des paiements, ce d'autant plus que l'une et l'autre s'attachent à distinguer « passif exigible » et « passif réellement exigé ». En droit, « le passif exigible n'est pris en considération que si le paiement en est réclamé, ce qui permet de dire qu'il n'y a pas cessation des paiements tant que les créanciers ne réclament rien » (TOUJAS et ARGENSON, Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, t. I, 4 éd., Librairies techniques, p. 23, n° 9, note 13). Cette distinction a une incidence pratique considérable dans les groupes de sociétés où il est fréquemment observé qu'une société créancière abandonne, volens nolens, ses droits au profit d'une débitrice apparentée et ne produit pas à la procédure collective ouverte à l'encontre de celle-ci en laissant intervenir la forclusion. Si le passif « externe » est relativement peu important et peut être payé par la société dominante, à condition que l'équilibre du groupe ne soit pas trop affecté par le non-recouvrement des créances, l'ouverture d'une procédure collective pourra être évitée.

CHAPITRE I

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE CAUSÉ PAR LES PRÊTS ET AVANCES INTER-GROUPE

361. — A maintes reprises, les dangers que recèlent les opérations de prêts et avances sont apparus. Au fond, ils se résument tous en une idée simple : le prêt aboutit, par définition, à un transfert provisoire de richesses au profit d'autrui. Or, l'existence d'un pouvoir de domination peut faire craindre que ce transfert ne devienne définitif dans la réalité. Et les prêts et avances peuvent alors paraître des procédés d'autant plus sournois qu'ils masquent juridiquement de véritables appropriations.

L'origine du mal étant définie, comment protéger efficacement les créanciers dont les droits sont nécessairement liés à l'une ou à l'autre des sociétés membres du groupe ? Faut-il leur conférer la qualité de « créancier du groupe » ou plus exactement faudrait-il instaurer, par voie législative, une solidarité passive générale de la société dominante, à raison de toute dette non acquittée par l'une quelconque des sociétés qu'elle domine ? Certains l'ont pensé (5). Mais il ne semble pas nécessaire d'aller aussi loin. En effet, le droit positif permet aux créanciers d'imputer sous certaines conditions le préjudice qu'ils ont subi à la société dominante. Il autorise aussi le créancier fiscal à reconstituer les résultats lorsque ceux-ci auront été anormalement affectés à la suite d'opérations de financement inter-groupe.

SECTION I

La responsabilité de la société dominante

362. — Dans un groupe, on peut se demander si tous les chemins de la responsabilité ne mènent pas à la société dominante. Il n'est pas rare que des minoritaires ou le fisc contestent l'attitude des dirigeants de la société consistant à enregistrer une perte en cas de cessation des paiements d'une société cocontractante, sans avoir au préalable recouru en dommages-

(5) Comp. la solution proposée dans des avant-projets d'une directive de la commission CEE concernant les groupes de sociétés, D. S. 1977, art. précit. RODIÈRE (principe général de la responsabilité de la société dominante à raison des actes et engagements de la société dominée, dans des conditions variables selon qu'il existe ou non un contrat de domination).

intérêts contre sa société-mère. La mise en œuvre de la responsabilité des sociétés dominantes tend de plus en plus à devenir une voie normale par laquelle les créanciers sociaux entendent obtenir satisfaction. Mais doit-on en être surpris ? Force est de constater que parmi l'ensemble des dirigeants de droit ou de fait de la société débitrice, la société dominante apparaît comme une proie de choix : d'abord, elle est généralement solvable, ce que ne sont pas nécessairement les administrateurs personnes physiques ; ensuite, c'est elle qui détient en dernière analyse tous les pouvoirs. C'est elle qui exprime la politique et les objectifs de la gestion de la filiale. Les créanciers, dans ces conditions, seront assez naturellement conduits à se retourner contre la société dominante en cas de cessation de paiements de la filiale, leur débitrice, déduisant la faute du préjudice subi. Il est vrai que le législateur lui-même invite à un pareil raisonnement : ainsi l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 présume fautif tout prélèvement opéré par un dirigeant dans la trésorerie de la société qui, ayant déposé son bilan, se trouve en situation d'insuffisance d'actif. Plus généralement, la théorie de la responsabilité civile délictuelle permettra aux créanciers d'imputer à faute tout crédit imposé par la société dominante à sa filiale s'il est établi que cette dernière a été ainsi mise dans l'impossibilité de régler ses dettes (paragraphe 1).

363. — Les grands groupes répugnent cependant à exiger de leurs filiales en difficulté (6) de trop grands sacrifices. Loin de les abandonner en cas de mauvaises affaires, ils les soutiendront à bout de bras en cas de désertion des banques et de désaffection des fournisseurs. C'est que leur propre crédit et leur image dans le public en dépendent (7). Ils deviendront

(6) M. PAILLUSSEAU (in *Rev. Jurisp. com.*, n° spécial de septembre-octobre 1976 consacré aux « entreprises en difficulté », p. 259 s.) s'est efforcé de donner à la notion d'entreprise en difficulté des contours juridiques précis. Selon cet auteur, une entreprise est en difficulté à partir du moment où les dirigeants ne peuvent plus assurer la continuité de l'entreprise, c'est-à-dire garantir un courant de revenus futurs, provenant de la continuation des opérations sociales et permettant à l'entreprise d'exécuter toutes ses obligations légales et contractuelles. Certaines circonstances peuvent, lorsqu'elles sont cumulées, servir d'indices révélant la situation difficile (report renouvelé d'échéances, notification d'un protêt, non-paiement des droits fiscaux et cotisations sociales, non-respect des dates légales de terme et de convocation des assemblées, du comité d'entreprise, refus de certification des comptes, perte des trois-quarts du capital, succession de trois exercices déficitaires, etc...) ; V. aussi le projet de loi n° 974 du 15 novembre 1977 relatif à « la prévention et au traitement des difficultés de l'entreprise », introduisant un article 230-1° dans la loi du 24 juillet 1966. Selon l'article 4 de ce projet, le commissaire aux comptes doit signaler au président du Conseil d'administration ou du directoire tout fait ou indice, dont le texte donne quelques exemples, révélant une situation préoccupante de la société (pour une critique de cette nouvelle obligation imposée aux commissaires aux comptes, v. la lettre du 21 novembre 1977 du Président de la Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes au Président de la commission des lois de l'Assemblée Nationale, *Bull. C.A.C.* 1977, n° 28, p. 429). Adde : HAEHL, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Préf. P. DIDIER, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Libr. techniques, 1981, p. 31, n° 26 et s.

(7) Cf. J. BOUCOURECHLIEV, « pour une SARL européenne », Paris, PUF, 1973, 223 ; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, « Droit des sociétés et groupes de sociétés », Georg, Genève, 1972, p. 5, note 9.

même, en réalité, les fournisseurs exclusifs de fonds de leurs filiales. Mais cette transfusion financière tout artificielle devra bien prendre fin un jour sous peine de mettre le groupe entier en difficulté. Si elle vient à cesser, une nouvelle contestation des créanciers est à craindre : un soutien permanent aura entretenu ou rendu la confiance ; la société jusqu'à sa cessation de paiements aura pu conclure de nouveaux marchés et accumuler de nouvelles dettes. Autant que les crédits exigés des filiales en difficulté, ceux qui lui sont accordés peuvent ainsi être source de responsabilité pour la société dominante (paragraphe 2).

§ 1 — Les crédits exigés des filiales

364. — La nécessité pour le groupe de rechercher en son sein tous les capitaux qui s'y trouvent disponibles ou qui pourraient être dégagés après un « dégraissage » des actifs appartenant aux sociétés membres, s'accroît évidemment lorsque l'argent devient plus rare et plus cher. L'encadrement du crédit, l'existence de taux du marché élevés conduiront alors la société dominante à assécher les trésoreries de certaines filiales, voire à liquider certains éléments importants de leur patrimoine. Lorsque le groupe lui-même connaît une crise grave, la société dominante tendra non seulement à opérer des prélèvements accrus dans la trésorerie de ses filiales mais aussi à user de son ascendant pour modifier complètement la nature et les caractéristiques de certaines opérations financières déjà passées : un découvert en compte restera indéfiniment acquis au profit de l'un des correspondants ; des créances dont on « omettra » de demander le paiement pendant plusieurs exercices seront provisionnées et échoueront finalement en profits et pertes ; un prêt à court terme deviendra, par l'effet de reports d'échéance successifs, un prêt à moyen ou long terme...

A une certaine date, la filiale, abandonnée par le groupe, ne pourra plus payer ses créanciers et devra déposer son bilan. Ces derniers prétendront imputer la pleine et entière responsabilité de sa chute à la société dominante en raison des ponctions fautives qu'elle aura opérées sur le patrimoine de la société débitrice. Deux voies leur paraissent ouvertes à cette fin, l'action en responsabilité « de droit commun » et l'action fondée sur l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

A - L'ACTION EN RESPONSABILITÉ « DE DROIT COMMUN »

365. — Lorsqu'une société dominante empêche, notamment en l'obligeant à mettre ses liquidités au service du groupe, une filiale d'honorer ses engagements et l'accule ainsi au dépôt de bilan, elle commet une faute à l'égard de ses créanciers qui prétendront lui imputer l'insuffisance d'actif de leur débitrice.

Ce préjudice des créanciers n'est pas seulement subi par un ou certains d'entre eux : il est occasionné à l'ensemble des créanciers composant la masse

qui comptaient trouver dans l'actif les sommes correspondant à l'appauvrissement que la société débitrice a dû subir. Indéniablement, le dommage présente donc un caractère collectif : il est théoriquement égal au montant que la masse aurait pu appréhender si le tiers, la société dominante, n'avait pas commis la faute dommageable.

Or, seul le syndic a, en principe, qualité pour agir en réparation du préjudice collectif au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers. Cette solution, expressément formulée par le législateur (art. 13, loi du 13 juillet 1967), a été rappelée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mars 1978 (8). En l'espèce, le Président du Conseil d'administration d'une société anonyme avait passé une commande, alors que la société se trouvait en fort fâcheuse posture, sinon en état de cessation de paiement. De fait, un peu plus d'un an après, la société était soumise à une procédure de liquidation des biens, laquelle devait être clôturée pour insuffisance d'actif. Débouté en première instance, le fournisseur obtint de la Cour d'appel la condamnation du président, en son nom personnel, qui par son « imprudence caractérisée » aurait commis une « faute quasi-délictuelle » dont il devrait réparer les conséquences préjudiciables au cocontractant sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. La Chambre commerciale a cassé l'arrêt aux motifs que « le Syndic a **seul qualité** pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers, sauf (9) si l'un d'eux justifie d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres (10) » et que, dès lors, « la Cour d'appel qui n'a pas recherché si le **préjudice subi** (par le fournisseur) et si le **fait sur lequel reposait son action** se distinguaient de ceux que pouvait invoquer tout autre créancier compris dans la masse, n'a pas donné de base légale à sa décision » (10 bis).

(8) Com. 31 mars 1978, D. 1978.646, note DERRIDA et SORTAIS ; JCP 1979, 2, 19119 note A. BRUNET ; Rev. jurispr. com. 1980, 95, 2^e esp, note DE FONTBRESSIN ; Rev. soc. 1980, 814, note A. HONORAT. V. déjà Civ. 21 décembre 1875, D. 1877, I, 17 ; S. 1879, I, 97, note LABBE ; Comp. Com. 17 décembre 1974, Rev. soc. 1976, 136, note SORTAIS ; JCP 1975, II, 18057, note LUCAS ; Aix 18 juin 1975, Rev. jur. com. 1976, 95, note CALAIS-AULOY. V. égal. Com. 3.01.1979, D.S. 1980, I.R., 52, note VASSEUR.

(9) La formule est incorrecte : en se prévalant d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct, un créancier ne peut à l'évidence agir au nom et dans l'intérêt de tous les autres membres de la masse.

(10) Il faut voir dans cette double exigence une redondance : le créancier doit simplement justifier d'un préjudice individuel. Madame BRUNET (note citée) qui critique également cette formulation, estime même que ce « préjudice spécial distinct de la fraction individuelle du préjudice collectif... » serait indiscernable. En fait, l'argument n'emporte pas la conviction ; un créancier peut éprouver un préjudice parfaitement propre et distinct du préjudice commun de la masse du fait des troubles occasionnés par les fautes du tiers responsable dans sa situation commerciale et financière personnelle (il peut lui-même avoir été obligé de déposer son bilan ou connaître des difficultés graves alors que d'autres créanciers plus puissants, ou dont la créance est moins élevée, n'ont pas vu affecter le fonctionnement de leur entreprise).

(10 bis) Suivant certains auteurs (MM. DERRIDA et SORTAIS, notes sous com. 31.03.1978, cit. et sous com. 25.05.1981, D.S. 1981, 643), la solution ainsi donnée par la Cour de cassation pourrait s'expliquer par le fait que l'action était introduite, non contre des tiers quelconques mais des dirigeants sociaux, hypothèse dans laquelle la jurisprudence, au cas de procédure collective ouverte à l'égard d'une société, a toujours considéré que le syndic était

A moins de démontrer qu'il souffre d'un préjudice propre, individuel causé par une faute distincte qu'aurait commise à son égard la société dominante, (mais on ne voit guère laquelle dans l'hypothèse de prélèvements décidés par elle dans le patrimoine de la société débitrice), un créancier agissant en son nom propre n'aura pas intérêt à actionner la société dominante en responsabilité. Ce droit exclusif d'agir reconnu au syndic n'est pas fondé sur la règle de la suspension des poursuites individuelles (la Cassation, dans l'arrêt Chaix du 31 mars 1978, était donc fondée à tort sur l'article 35 de la loi de 1967), laquelle n'a vocation à s'appliquer qu'aux instances dirigées contre le débiteur, mais sur la personnalité juridique de la masse et l'autonomie de son préjudice.

Sans doute, la jurisprudence la plus récente déclare-t-elle recevable l'action individuelle des créanciers lorsqu'elle tend à faire indemniser le préjudice, causé par **l'insuffisance des répartitions ou des dividendes**, par une banque à qui est reproché d'avoir artificiellement maintenu en activité la société débitrice, c'est-à-dire une faute à l'égard de tous les créanciers entraînant un commun dommage qui découle de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur (11). Ils peuvent ainsi agir individuelle-

seul qualifié pour agir (par ex. : T. civ. Thonon, 8.07.1955, JCP 1956, II, 9170, note BASTIAN), une telle action au surplus subissant l'attraction du régime de l'action en comblement réservée au syndic. De fait, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19.02.1979, brièvement analysé en note suivante, pouvait conforter de manière négative cette opinion : selon cette décision, des créanciers sont en droit de réclamer individuellement à un tiers, non dirigeant de la société débitrice, en l'espèce un banquier, réparation de la totalité de leur préjudice et, au premier chef, par conséquent, le montant impayé de leurs créances, si le syndic reste inactif. Une telle distinction, du reste difficilement applicable à une société dominante (elle aura fourni du crédit à une filiale dont il pourra être démontré qu'elle assurait la direction, au moins de fait, v. infra n° 369 et s.), paraît artificielle et ne devrait entraîner aucune conséquence sur le terrain de la **recevabilité** d'une action en responsabilité.

(11) Com. 25.05.1981 (Soc. Générale c. DALBIN et autres), D.S. 1981, p. 643, note DERRIDA et SORTAIS, 2^e esp. ; V. déjà com. 3.01.1979, D.S. 1980, I.R., 52, obs. VASSEUR (l'action individuelle en D.I. contre un tiers ne peut être intentée par un créancier agissant seul que pour un préjudice distinct de celui causé à la masse ou **dont l'indemnisation reste incomplète à raison de l'insuffisance des répartitions ou dividendes**) ; Paris 19.02.1979, D.S. 1979, I.R., 361 obs. VASSEUR ; JCP 1979, II, 19172, obs. GAVALDA et STOUFFLET ; Rev. jur. com. 1980, 95, n° 905, note DE FONTBRESSIN ; RTDco 1980, 125, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE : suivant cet arrêt, le syndic n'est pas seul à détenir une action en responsabilité contre le tiers, fautif d'avoir contribué à diminuer l'actif ou à aggraver le passif ; si le syndic dispose du monopole de l'action en réparation du préjudice collectif, encore faut-il qu'il l'exerce : s'il agit le premier, chaque créancier ne peut ensuite réclamer que le supplément du préjudice qu'il a subi personnellement sans y comprendre le montant impayé de sa créance admise au passif ; s'il n'agit pas et laisse l'initiative d'une action à un créancier, ce dernier peut réclamer la totalité de son préjudice personnel, la fraction impayée de sa créance y comprise, quitte au tiers recherché ensuite en responsabilité par le syndic, pour la réparation du préjudice collectif, « de faire déduire, du montant de la condamnation, le total des créances produites par les créanciers ayant antérieurement exercé leur action individuelle en réparation de leur préjudice personnel ». Si cet arrêt a pu surprendre par sa formulation générale qui prend le contre-pied de la décision Chaix du 31.03.1978 de la Chambre commerciale, il n'est pas inutile de souligner que la Cour d'appel de Paris n'était cependant pas saisie d'une demande visant à réparer un préjudice collectif. Il s'agissait d'un dommage qui n'était — et ne pouvait être — invoqué que par certains créanciers déterminés, ceux qui se prétendaient victimes d'une faute personnelle de la banque à leur endroit, en l'occurrence la création d'une apparence trompeuse de crédit donnée à leur client.

ment, quoique le préjudice dont ils se prévalent, n'est pas différent, par sa nature, de celui qu'aurait pu invoquer tout autre créancier dans la masse.

Mais c'est à la double condition, déclare la Cour de Cassation, que le syndic **se soit abstenu d'agir**, pendant tout le temps où il était en droit de le faire, contre le tiers responsable du préjudice collectif et, d'autre part, la procédure étant achevée et la masse en principe dissoute, que les créanciers demandeurs **n'aient pas été intégralement payés de leurs créances**. Cette solution, on le voit, préserve le monopole d'action du syndic, en principe pendant toute la durée de sa mission ; elle évite ainsi les difficultés inhérentes à un concours de l'action du syndic avec les actions individuelles des créanciers (II bis). Elle n'échappe cependant pas à la critique : l'admission de l'action individuelle peut impliquer, comme dans le cas de l'espèce, une fausse appréciation du préjudice juridiquement réparable et une méconnaissance du lien de causalité entre faute et dommage. En droit, le tiers fautif ne peut être condamné à réparer l'intégralité du dommage résultant de la fraction impayée de la créance, après répartitions ou dividendes le cas échéant, que si le demandeur parvient à démontrer que sa faute est la cause directe et exclusive du préjudice. Tel sera le cas, nous le verrons (II ter) pour certains créanciers qui pourront établir qu'ils n'auraient pas contracté avec la filiale débitrice sans le crédit fictif dont l'a affublé

(II bis) VASSEUR, note précitée sous Paris 19.02.1979. Ce n'est qu'une fois la procédure complètement achevée que l'on pourra évaluer l'insuffisance des répartitions ou dividendes et chiffrer le préjudice des créanciers demandeurs. Du même coup, le problème du concours entre l'action du syndic et les actions individuelles n'existe plus. Certes, les créanciers n'auront pas toujours à attendre la date de clôture de l'union ou la date à laquelle le jugement d'homologation du concordat sera définitif c'est-à-dire, en définitive, celle à laquelle le syndic cesse ses fonctions (sauf, en cas de concordat par abandon d'actif pour les biens abandonnés ; mais les règles de l'union s'appliquant alors, l'on revient au cas de la clôture de l'union, Encycl. Dalloz, dr. com., Faillite, modes de clôture, par F. DERRIDA, n° 540 et s.). En effet, lorsqu'il apparaîtra que l'actif est manifestement insuffisant pour payer le passif chirographaire, le syndic, autorisé par le Juge Commissaire, peut limiter ses opérations de vérification aux créances prétendues privilégiées (art. 45 de la loi du 13.07.1967 et 57 du décret du 22.12.1967). Non vérifiées, les créances chirographaires ne pourront donc figurer sur l'état et n'ouvriront donc aucun droit à distribution. En pareil cas, les titulaires de telles créances, a priori certains de ne toucher ni dividendes ni répartitions, pourront, semble-t-il, immédiatement se retourner contre le tiers prétendument responsable. Cependant, il n'y aura pas de véritable concours d'actions : par hypothèse, le syndic, en agissant, ne pourra pas demander réparation du préjudice invoqué par chaque créancier chirographaire. Dès lors ne se pose ni le problème d'une éventuelle subsidiarité de l'action du créancier agissant seul (DERRIDA et SORTAIS, note précitée sous Com. 25.05.1981), ni celui d'une déduction du montant de la condamnation du tiers à l'égard de la masse, des dommages et intérêts antérieurement versés par lui aux créanciers ayant agi, à titre personnel, à son encontre (cf. VASSEUR, note cit. sous Paris 19.02.1979). Toutefois, de telles difficultés apparaîtront dans un cas, qui ne semble d'ailleurs pas avoir été celui soumis à la Chambre commerciale dans sa décision du 25.05.1981 (où il est question d'une « insuffisance » et non d'une « absence » des répartitions ou dividendes) : lorsque les **opérations** de la liquidation des biens sont suspendues par un jugement de clôture pour insuffisance d'actif, il n'en reste pas moins que l'état de liquidation des biens subsiste avec toutes ses conséquences. En particulier, le syndic, comme les autres organes de la procédure, reste en fonction de sorte qu'un concours d'actions est à craindre.

(II ter) V. infra, n° 383.

la société dominante. Mais la situation est essentiellement différente lorsqu'il est reproché à celle-ci d'avoir acculé sa filiale au dépôt de bilan par des prélèvements abusifs sur sa trésorerie, ou encore d'avoir maintenu artificiellement en survie son activité par des crédits inconsidérément consentis (11 quater). En pareil cas, en effet, la responsabilité de la société dominante sera, en tout état de cause, limitée à l'insuffisance d'actif de sa filiale et, plus précisément, à la fraction de celle-ci qui sera directement imputable à la faute commise. Si, par hypothèse, on supposait une action individuelle de tous les créanciers, obviant ainsi à l'inertie du syndic, la solution de la Cour de Cassation aboutirait en réalité à obliger les tiers fournisseurs de crédit à réparer les conséquences préjudiciables de **toute « l'insuffisance d'actif »** (et non pas de la seule partie dont ils peuvent être tenus responsables) existant une fois la ou toutes les répartitions effectuées, c'est-à-dire à la **clôture de la procédure collective**. Cette opinion revient à obliger le défendeur à supporter l'incidence, notamment, des frais de l'administration de la liquidation des biens (en particulier les honoraires du syndic), ce qui peut se comprendre lorsque la société dominante a effectivement acculé sa filiale à la faillite, mais non dans le cas où elle l'a soutenue artificiellement, puisque par définition la procédure collective était inévitable ; mais encore d'un éventuel passif de masse dont il n'est assurément pas responsable.

366. — Mais, si le syndic, pendant tout le déroulement de la procédure, est, en principe, seul qualifié pour demander à un tiers réparation du préjudice résultant pour l'ensemble des créanciers de la fraction impayée de leurs créances produites, en lui imputant tout ou partie de l'insuffisance d'actif, il n'est pas certain qu'il exerce toujours l'action en responsabilité appartenant à la masse. Il lui est loisible d'user également de l'action de la société contre ses dirigeants. Or, il importe de bien distinguer ces deux actions : des incidences appréciables s'y attachent. Du fait de l'ouverture d'une procédure collective de règlement des créanciers, la masse saisit tout l'actif du patrimoine de la société débitrice, y compris par conséquent l'action sociale contre les dirigeants. Le syndic peut donc prendre l'initiative d'une action fondée sur les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, seul, au cas de liquidation des biens du fait du désaisissement, ou avec l'autorisation du juge commissaire, au cas de règlement judiciaire, si les représentants de la société, comme il est probable, refusent d'agir (articles 14 et 15, loi du 13 juillet 1967) (12). Mais alors il ne pourra diriger son action que contre les gérants et administrateurs (13), à l'exclusion de tous autres tiers ; il demandera réparation du préjudice subi par la société et reconstitution, au profit de la masse, de son patrimoine affaibli par les fautes de ses dirigeants ; enfin et surtout, le produit de son action reviendra dans le patrimoine

(11 quater) V. *infra*, n° 378.

(12) Cf. STOUFFLET et BETANT, *juriscl. soc.* fasc. 150, n° 7.

— (13) Y compris, semble-t-il, les dirigeants de fait. Sur cette notion, v. *infra*, n° 369.

de la société débitrice. Il sera réparti entre les créanciers en tenant compte de leur qualité et de leur rang. Les créanciers privilégiés seront évidemment servis d'abord dans l'ordre de leur privilège. S'il existe un surplus, il sera réparti au marc le franc entre les créanciers chirographaires et si, par extraordinaire, il demeurerait un solde, celui-ci devrait logiquement revenir à la société débitrice.

De ce fait, en cas de succès de l'instance, le syndic aura œuvré pour le plus grand profit des créanciers titulaires d'un privilège général.

Au contraire, s'il exerce l'action appartenant en propre à la masse, celle-ci peut être dirigée contre tout tiers responsable, et non pas seulement contre un dirigeant social ; elle tendra à réparer non le préjudice subi par la société, mais le préjudice commun des créanciers, l'insuffisance d'actif, lequel peut évidemment être très différent du dommage social ; enfin, si le produit de l'action entre directement dans l'actif du patrimoine de la masse, la situation des créanciers titulaires de sûretés est tout autre puisque celles-ci sont privées de tout effet à l'égard du patrimoine de la masse. Dès lors, le montant des dommages et intérêts devrait être réparti au marc le franc entre tous les créanciers, quelle que soit leur qualité (14).

(14) Com. 27 octobre 1964, D. 1965, 129, note CABRILLAC ; JCP 1964, II, 13968, note J.A. ; R.T.D. com. 1965, 179, n° 20 et 185, n° 29, obs. HOUIN. Par deux arrêts du 7 mai 1979 (com. 7.05.1979, D.S. 1979, p. 431, note DERRIDA et SORTAIS), la Cour de cassation a cependant cassé les décisions de deux Cours d'appel qui avaient rejeté la prétention de la D.G.I. d'être payée par préférence, en raison du privilège du Trésor, sur les sommes obtenues d'un dirigeant en application de l'article 99 aux motifs que « l'action instituée par l'article 99 précité est exercée par le syndic au nom de la masse, que les versements opérés par les dirigeants sociaux appartiennent au patrimoine de la masse et non à celui de la société et que le privilège général invoqué ne porte que sur le patrimoine de la société débitrice ». La Cour de cassation, en revanche, a admis la Direction Générale des Impôts à exercer son privilège général sur les sommes versées par le défendeur à l'action en comblement de passif, prévue par la loi de 1967, aux motifs que les « créanciers bénéficiaires d'un privilège mobilier font partie de la masse et que, dès lors, les sommes litigieuses qui représentent tout ou partie des dettes sociales, doivent être réparties par le syndic, entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leur créance ». Faut-il considérer que la Cour de cassation estime que les droits des créanciers, avec les privilèges dont ils sont assortis, se définissent et s'exercent identiquement à la fois sur le patrimoine du débiteur et sur celui de la masse ? Il serait difficile de l'admettre : chacun s'accorde aujourd'hui à admettre que la masse dispose d'un patrimoine propre, sans rapport de droit avec le patrimoine du débiteur sur lequel, seul, peuvent s'exercer les sûretés dont sont titulaires certains créanciers ; d'autre part, cette interprétation irait à l'encontre de la règle égalitaire qui préside à la composition de la masse et aux répartitions de dividendes, laquelle emporte pour conséquence que les créanciers privilégiés ne peuvent faire partie de la masse en tant qu'ils invoquent leurs sûretés pour obtenir un traitement préférentiel ; en participant aux répartitions, ils sont nécessairement dans la même situation que les créanciers chirographaires. Tout semble se passer comme si la Chambre commerciale, en interprétant au pied de la lettre l'expression « dettes sociales », admettait que l'article 99 créait directement un droit de la société débitrice contre ses dirigeants, celui d'obtenir le paiement à son profit du solde impayé des dettes sociales (en ce sens, PARIS, 8 nov. 1979, D.S. 1980, 285, note DERRIDA : par cet arrêt qui marque son ralliement aux décisions du 7 mai 1979 de la Chambre commerciale, cette Cour a décidé que « les sommes versées en application de l'art. 99... entrent dans le patrimoine de la société débitrice »). Pour ce faire, la Haute juridiction a été amenée à confondre dettes sociales et dommages-intérêts venant compenser l'insuffisance

367. — Mais, en définitive, quel intérêt conduira un syndic, qui dispose de l'action prévue à l'article 99 de la loi de 1967, à exercer soit l'action sociale en responsabilité, soit l'action appartenant à la masse fondée sur le droit commun, contre la société dominante ? Ne s'expose-t-il pas à devoir fournir la preuve que les prêts et avances imposés à la filiale étaient, à la date de leur octroi, fautifs comme relevant d'une mauvaise gestion ou procédaient d'une décision inconsidérée et imprudente et à démontrer en quoi les prêts accordés ont pu occasionner, ou contribuer à provoquer, en troublant le fonctionnement de la société et en accroissant ses difficultés financières, la dévaluation de son patrimoine et la procédure collective (préjudice social) ou l'insuffisance d'actif (préjudice de la masse) ?

Il est, de fait, difficile d'imaginer qu'un syndic accepte, tout à la fois, de choisir une voie l'obligeant à rapporter une double preuve : la faute du tiers responsable et la relation causale, dont la loi le dispense (article 99) et renonce par avance, au cas bien aléatoire de succès de son action, à l'application des articles 100 et 109 de la loi du 13 juillet 1967 (15) dont on peut penser que les dispositions ne régissent que l'action en comblement de passif prévue à l'article 99. Il existe cependant un intérêt, même si c'est semble-t-il le seul, de recourir contre les dirigeants de la société débitrice sur le terrain du droit commun (au moins à titre principal, l'action prévue à l'article 99 étant intentée subsidiairement). En effet, en prouvant la faute des dirigeants et le rapport de causalité avec le préjudice subi, le syndic peut alors obtenir réparation de la totalité soit du préjudice social (action sociale) soit de

d'actif. Cette argumentation est extrêmement critiquable. Comme le remarque M. DU ROURE (Rapp. génér. synth. Conf. gén. Tx de comm., Versailles, 21.11.1980, p. 26) : « ce n'est pas parce que des dommages-intérêts vont servir à compenser des dettes du débiteur, restées impayées, qu'ils prennent nature de dettes du débiteur... ». Il est d'autant plus arbitraire de considérer l'action de l'art. 99 comme une action sociale que la première tend à réparer le préjudice collectif né de l'insuffisance d'actif social et la deuxième à reconstituer les actifs sociaux anéantis par la mauvaise gestion des dirigeants. Or, le préjudice social peut être bien supérieur au préjudice collectif des créanciers (DERRIDA, note préc. sous PARIS, 8 nov. 1979). En outre, peut-on concevoir que le syndic, seul, à l'exclusion de la société, et même, au cas de règlement judiciaire, sans être investi de la moindre autorisation du juge commissaire, soit en droit d'exercer l'action de l'art. 99 dès lors que celle-ci serait regardée comme une action de la société en reconstitution de ses actifs ? Pour que la solution fût exacte, il eût fallu que ce texte admette formellement cette dissociation exceptionnelle du titulaire de l'action et de son bénéficiaire. En l'état de cette jurisprudence, force est de conclure que s'il en était ainsi, le syndic se garderait vraisemblablement d'intenter toute « action en comblement » contre les dirigeants, voire sur le fondement du droit commun, si les solutions rendues à propos de l'art. 99 étaient étendues, dans la mesure où la procédure ne profitera, la plupart du temps, qu'à certains créanciers et préjudiciera à la majorité des autres, les frais engagés réduisant encore leurs dividendes.

(15) Art. 100 : « Le tribunal prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de ceux des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette ».

Art. 109 : « En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, soit toute entreprise commerciale, soit seulement une personne morale, contre tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, à la charge duquel tout ou partie du passif social aurait été mis et qui n'aurait pas acquitté cette dette ».

l'insuffisance d'actif (action de la masse sur la base des articles 1382 et 1383 c. civ.) et se soustraire ainsi au pouvoir discrétionnaire des juges du fond de fixer le montant de l'insuffisance d'actif mis à la charge des dirigeants. La tendance des tribunaux, dans leur grande majorité, de s'attacher à caractériser des fautes réellement commises par les dirigeants avant de leur faire application des dispositions de l'article 99, est susceptible de l'y encourager. Le plus difficile sera cependant pour le syndic d'établir le rapport de causalité, ce dont l'article 99 le dispense et que ne recherchent jamais les tribunaux statuant en application de ce texte. Cette action, dite communément « action en comblement de passif » et plus exactement « ... en comblement de l'insuffisance d'actif », est infiniment plus menaçante pour les dirigeants sociaux. A ce titre, elle peut s'analyser comme un instrument très utile d'une police des échanges financiers dans les groupes de sociétés.

B - L'ACTION EN COMPLEMENT ET LA « POLICE » DES PRÊTS INTER-GROUPE

368. — Aux termes de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 : « lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le Tribunal peut décider à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux... Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».

Le mécanisme de l'action en comblement se présente ainsi très simplement : lorsque la procédure collective révèle une insuffisance d'actif, les dirigeants sociaux en sont présumés responsables à l'égard des créanciers de la personne morale. Ils ne pourront se libérer qu'en faisant la preuve de leur bonne gestion. Cela suppose bien évidemment réunie une double condition préalable : l'existence d'un jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, hypothèse de moins en moins rare, même dans les grands groupes, et l'apparition d'une insuffisance d'actif. Il suffit, pour que celle-ci existe, qu'à la date du jugement déclaratif, la totalité du passif soit supérieure à la totalité de l'actif. Il n'est pas nécessaire que le patrimoine du débiteur soit à ce point diminué qu'on n'y trouverait même pas assez de fonds pour couvrir les frais de la procédure et que soient, par conséquent, réunies les conditions de la clôture pour insuffisance d'actif (16).

(16) Com. 17 juillet 1956, Bull. civ., III, n° 217 ; 14 mai 1962, Bull. civ., III, n° 253 ; v. égal. HEMARD, TERRE, MABILAT, t. 2, n° 1229 ; HOUIN, Rep. Dalloz, sociétés, V^{is} Faillite — règlement judiciaire — liquidation des biens, n° 430 et s. Sur la preuve par le syndic de l'insuffisance d'actif, v. Paris, 7 janvier 1977 et 11 décembre 1978, rev. jurispr. com., 1979, 268, note DE FONTBRESSIEU.

369. — Encore faut-il que le défendeur à l'action en comblement ait la qualité de dirigeant social. Sans doute, la loi permet-elle de rechercher non seulement le dirigeant de droit, apparent, mais aussi le dirigeant de fait, celui qui s'est camouflé derrière les organes légaux de la société. Mais, si l'on excepte le cas où la société dominante a rang d'administrateur de la société (17), la preuve de la direction de fait qu'elle semble exercer peut susciter certaines difficultés. Dans cette hypothèse particulière, on n'exigera rien moins du syndic que de démontrer l'existence et l'effectivité d'un pouvoir de domination et donc l'existence du groupe. La solution s'impose logiquement : le dirigeant de fait, selon la doctrine (18), est une personne qui, sans détenir un mandat social régulier à cette fin, exerce une activité positive de gestion et de direction des affaires sociales. Bien que n'étant pas investi régulièrement par l'assemblée, il agit dans la réalité en toute souveraineté et indépendance. Dès lors, si le syndic prétend que la société-mère est gérant de fait, il devra rapporter la preuve de l'accomplissement effectif par cette société d'actes de gestion, susceptibles par leur nature d'entraîner le préjudice subi par les créanciers (19). Il ne suffit pas, en effet, de posséder le pouvoir de diriger en fait la société et d'intervenir dans sa gestion, encore faut-il l'exercer habituellement pour apparaître comme dirigeant de fait. Par conséquent, le désintérêt manifesté par une société-mère pour les affaires de sa filiale, s'il n'est contredit par aucune immixtion prouvée dans sa gestion, exclut la direction de fait (20). Or, la plupart du temps, une mère ou une holding

(17) Cependant, la question est alors compliquée par l'existence d'un représentant permanent de la personne morale administrateur. Il est permis d'admettre, d'une façon générale, que la responsabilité de la société (administrateur) est toujours nécessairement et solidairement engagée à l'égard des tiers dès lors que les conditions de l'article 99 sont remplies dans le chef du représentant permanent. C'est seulement dans les relations mutuelles entre les deux coresponsables que les juges semblent devoir fixer la part contributive de chacun (dans ce sens, v. SORTAIS, art. précit., p. 124).

(18) RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », D. 1975, chr. VII, p. 41 ; Nancy, 15.12.1977, JCP 1978, 18912 et la note STOUFFLET ; adde HEMARD, TERRE, MABILAT, t. III, n° 1178 ; com. 25 octobre 1977, rev. soc. 1978, note RANDOUX ; Aix-en-Provence, 30 septembre 1975, D.S., 1976, somm. 2 ; Paris, 17 mars 1978 ; D. 1978, I.R., p. 420, obs. VASSEUR ; 11 mai 1978, rev. jur. com. 1979, n° 873, note R. LE GUIDEDEC ; com. 3 octobre 1979, pourvois n° 78-13025 et 78-10820.

(19) En ce sens, RIVES-LANGE, chr. précit.

(20) RIVES-LANGE, chr. précit., n° 6 et s. ; HOUIN, rep. Dalloz précit., n° 424 ; HEMARD, TERRE, MABILAT, t. II, n° 1245, p. 988 ; SORTAIS, art. précit., p. 128. La solution est logique : la qualité d'associé majoritaire ne peut, en effet, à elle seule être regardée comme impliquant une participation effective à la gestion (v. com. 5 mars 1958, rev. soc. 1958, 288 ; Paris, 7 mai 1975, D. 1975, somm. 121 ; com. 8 décembre 1975, Bull. civ. IV, n° 291, p. 241) à peine de confondre le droit de gérer et celui de contrôler la gestion sociale que la loi confère à tout associé et de ruiner complètement la règle de la limitation de responsabilité au montant de l'apport. V. cep. T. com. Nanterre, 11.08.1981, inédit, qui décide qu'une holding dirige en fait une filiale, récemment créée par elle, aux motifs que la première société comptait cinq administrateurs (sur huit) communs avec la seconde, détenait 99,9 % de son capital et avait les mêmes président du conseil d'administration et directeur général, sans caractériser un quelconque acte positif de gestion de la société dominante. Selon le tribunal : « dans ces conditions, il ne saurait être sérieusement contesté que la politique commerciale de la filiale était en fait contrôlée, sinon

n'apparaîtra pas ostensiblement en tant que dirigeant de ses filiales. Dans les groupes de grande dimension, seuls les objectifs et les équipes dirigeantes sont désignés par la société dominante. La gestion des filiales peut être largement décentralisée. Des instructions seront évidemment données qui ont une incidence immédiate sur la gestion (la conclusion de tel marché, l'abandon de tel autre ou encore le maintien de la production à un certain niveau...). La logique même d'un groupe de subordination l'exige. Mais on ne s'en avisera que rarement et l'empreinte qu'elles laissent dans les affaires sociales peut être subtile.

370. — Il ne faut cependant pas exagérer la difficulté (21). Surtout lorsque la filiale connaît des difficultés, il sera rare que des circonstances telles que la conclusion au nom de la filiale de contrats, la prise de contact et la négociation avec les fournisseurs, les banques et les clients, voire la délégation auprès de ses organes de gestion, d'un agent tout puissant désigné par la direction du groupe (22), ne puissent pas être établies. D'autre part, certaines opérations accomplies par la société avec le groupe, dans la mesure où elles ne s'expliquent qu'à raison de son insertion dans celui-ci et de sa soumission à une autorité centrale, peuvent constituer d'utiles indices démonstratifs d'une direction de fait agissant sous le couvert des organes sociaux réguliers. Les prêts et avances consentis aux sociétés du groupe sont, lorsqu'ils sont systématiquement répétés, de ces opérations qui permettront d'établir que la direction du groupe exerçait *longa manu*, par l'entremise des représentants légaux des sociétés membres, une des fonctions essentielles normalement dévolues à des dirigeants de droit, la gestion et le placement des capitaux de la société.

même orientée par la société-mère dans le cadre de la stratégie générale du groupe, ce qui donne bien à C.M.P. la position d'un dirigeant de fait de C.M.P.-E.I. ». Cette décision est d'autant plus curieuse que le président-directeur général commun a été mis hors de cause, alors qu'il était lui-même personnellement recherché sur la base de l'art. 99, les juges consulaires ayant estimé qu'il avait montré, comme les autres membres du C.A. de C.M.P.-E.I. (y compris, donc, les administrateurs communs avec la holding) « l'activité et la diligence nécessaires ». Cette motivation ne devait-elle pas aussi exonérer la holding dont il était le représentant légal ?

(21) Cf. par exemple, T. com. Paris, 11^e ch., 3 nov. 1975, aff. GARNIER et LAMOUSSE, es-qualités c/ Union Chimique Elf Aquitaine, Total Chimie, Paribas et autres, inédit. Dans cette affaire, la Banque de Paris et des Pays-Bas (B.P.P.B.) a été considérée comme dirigeant de fait de la société débitrice (C.S.P.) aux motifs qu'il résultait de différents procès-verbaux du Conseil d'administration de celle-ci que la B.P.P.B. a toujours participé en fait et constamment à la direction des affaires sociales, soit directement, soit le plus souvent indirectement par l'entremise de deux autres sociétés de son groupe (OPFI et SGCF) administrateurs de C.S.P. dont le représentant au Conseil de cette dernière société était d'ailleurs un sieur C., sous-directeur à la Banque. Cette espèce est aussi intéressante en ce qu'elle fait état d'un aveu de liens de groupe : « en l'absence de textes législatifs sur la responsabilité des groupes, le tribunal constate que le G.I.E. Ato Bâtiment et Ato Chimie (tous les deux administrateurs de G.S.P.) reconnaissent être l'émanation, l'un du groupe chimique Elf Aquitaine, l'autre du groupe Total Chimie... « lesquels, par lettre du 22.01.1975, au nom d'une certaine conception des rapports sociaux et commerciaux et d'une certaine morale, ont proposé de combler le passif de la liquidation des biens, au prorata du montant de leur participation dans le capital social de C.S.P. ... ce qui est la continuation de leur politique antérieure ».

(22) V. Paris, 11 mai 1978, précit.

En effet, c'est bien alors la direction financière au sein de la société dominante qui apparaît comme « dirigeante » de fait : les organes régulièrement investis ne sont plus que des exécutants (23). Et, il s'agit-là au premier chef de faits de gestion (24), exposant la société à des risques susceptibles d'entraîner l'insuffisance d'actif.

371. — Mais, si la preuve est faite de la qualité de dirigeant du défendeur, la loi présume que sa gestion a été fautive de même qu'elle présume que l'insuffisance d'actif a pour cause cette gestion, et non les circonstances économiques. L'article 99 édicte, en effet, une présomption de responsabilité qui entraîne présomption de faute et de causalité (25). C'est la raison pour laquelle, l'article 99 est tant redouté par les dirigeants sociaux (26) et si contesté par certains (27), ce d'autant plus qu'il y a tout lieu de croire que nombreux seront les intéressés qui ne pourront produire la preuve contraire prévue par la loi. « Prouver que l'on n'a pas commis de faute, écrit M. VASSEUR (28), ou que l'on a bien agi, n'est facile pour personne ; c'est encore plus difficile pour un dirigeant qui, par hypothèse, a échoué ». Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la qualité de dirigeant de fait aura été retenue à l'encontre d'une société dominante car il lui faudra établir la régularité et la constance des soins apportés à la gestion des affaires de sa filiale, ce qui paraît bien difficile (29).

372. — L'institution d'une présomption aussi redoutable est de nature à contraindre les dirigeants de la société-mère, ou, éventuellement du groupe auquel celle-ci appartient, à maintenir ou garantir en permanence

(23) V. com. 4 avril 1962, Bull. civ., III, p. 176, n° 215.

(24) La situation est évidemment très différente lorsqu'il s'agit de prélèvements opérés par un associé qui, même s'ils sont pénalement répréhensibles, ne constituent pas nécessairement des faits de gestion (v. Paris, 5 juin 1969, D. 1969, somm. 119). Le fait d'assurer la trésorerie de la société-mère ou d'une société sœur constitue en effet « un fait de gestion » par lequel on fait valoir (bien ou mal) les fonds sociaux.

(25) V. HOUIN, encyc. Dalloz, rép. soc., cit. I, n° 415 ; adde A. HONORAT, juris. class., com., art. 437 à 614, fasc. 5, n° 32 ; DE JUGLART et IPPOLITO, « droit commercial », 3^{ème} volume, n° 1178, p. 158 ; Paris 18 novembre 1974, rev. soc., 1975, 676, note SORTAIS ; VASSEUR, rev. soc. 1979, p. 1 et s. ; com. 28 novembre 1979, Bull. civ. IV, 248 ; com. 11.02.1980, rev. soc. 1980, 811, note J.H. ; pour la thèse d'une simple présomption de faute, voir DERRIDA, « la réforme de la faillite et du règlement judiciaire », n° 214, p. 241 et 242 ; L. MARTIN, obs. sous C.A. Dijon, 19 juin 1974, Banque 1975, p. 646.

(26) V. VASSEUR, rev. soc. 1979, p. 11 et s.

(27) V. MARTEL, « l'article 99 ou l'injure des lois », G.P. 4 janvier 1979 ; cf. égal. la formulation des questions de M. J. BORDENEUVE, (J.O., déb. Sénat, 4 mai 1979, p. 1120 ; rev. soc. 1979, 635), de M. H. CAILLAVET (J.O., déb. Sénat 11 octobre 1979, 3142 ; rev. soc. 1980, 185) et de M. G. SPRAUER (J.O., Déb. A.N. 3 mars 1980, 876 ; rev. soc. 1980, 375). V. encore : J.P. SORTAIS, note sous com. 6.02.1979, rev. soc. 1980, 126. Une proposition de loi n° 1154 a même été déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale tendant à supprimer la présomption, ainsi qu'un projet de loi n° 204 au Sénat.

(28) VASSEUR, rev. soc. 1979, p. 11.

(29) Voir toutefois dans le cas d'un établissement financier prêteur, Paris 3 mars 1978, D. 1978, I.R., 420, obs. VASSEUR. Mais, comme l'observe cet auteur (Rev. soc. 1979, p. 14) : « Il est vrai que (le dirigeant de fait) avait aussi renoncé à produire pour ses créances... ».

un patrimoine minimum, c'est-à-dire des actifs en quantité suffisante pour éviter l'état de cessation des paiements. Ainsi analysé, l'article 99 constitue d'abord un frein très efficace aux prélèvements décidés par les dirigeants du groupe dans la trésorerie des filiales. Il leur défend de faire courir des risques trop considérables aux filiales et à leurs créanciers en gelant certaines de leurs ressources financières et introduit donc une limite au décloisonnement patrimonial des sociétés de groupe. Mais les dispositions de ce texte sont aussi une ferme incitation au remboursement intégral des sommes prêtées au terme prévu. En ce sens, il représente un instrument de prévention contre certaines formes de pillage que permettent les rapports financiers entre sociétés de groupe. Et lorsque les affaires de la filiale sont en mauvaise posture, l'article 99 présente un nouvel intérêt ; pratiquement, en effet, il « oblige » (30) les dirigeants du groupe à voler au secours de la filiale en difficulté.

Mais, de prime abord, l'affirmation surprend : en effet, ni l'article 99 ni d'ailleurs aucune autre disposition du droit français n'oblige la société dominante à financer ses filiales en difficulté. On ajoutera que notre droit consacre même l'idée radicalement contraire d'une indépendance des patrimoines et des dettes de la société. La société n'est responsable que de son propre passif, elle n'est pas tenue de se porter au secours d'une autre pour l'aider à faire face à ses engagements (31). Il a même été jugé abusif qu'une société décide de payer les dettes d'une filiale sans qu'aucun engagement de caution ou d'aval ou tout autre acte créant une garantie accessoire, ne l'y oblige (32).

373. — Par comparaison, le droit allemand est très différent qui prévoit, dans l'hypothèse des groupes de droit, que le contrat de domination doit obligatoirement comporter, outre une limitation du montant maximum des transferts de bénéfices (33), une clause de prise en charge des pertes de la société dépendante (34). La protection dont il entoure les créanciers des

(30) Le tribunal de commerce de Nanterre, dans son jugement déjà cité du 11.08.1981 (inédit) a décidé que la méconnaissance par une holding de son « **obligation essentielle** » de fournir à sa filiale « les moyens financiers nécessaires... pour assurer son existence » devait entraîner la mise à sa charge d'une part de responsabilité dans la chute de la filiale et sa condamnation, sur la base de l'art. 99, à combler partiellement l'insuffisance d'actif. V. sur le terrain de l'art. 1382 civ. Aix-en-Provence, 18.06.1975, Rev. jur. com. 1976, 95, note CALAIS-AULOY.

(31) Cf. not. OPPETIT et SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », rev. soc. 1973, spéc., p. 581 ; GUYENOT, « les groupes de sociétés », Banque 1973, 911 et 1061 ; S. LACHAT, « la filialisation des services », rev. soc. 1977, p. 43 et s. ; RODIÈRE, « réflexions sur les avant-projets d'une directive de la commission des communautés européennes concernant les groupes de sociétés », D.S. 1977, ch. XVIII, spéc., n° 15.

(32) V. com. 29 mai 1972, JCP 1973, II, 17337, note GUYON ; RTDco, 1972, n° 14, p. 930, obs. HOUIN.

(33) Paragr. 301, Aktg. 6 sept. 1965.

(34) Paragr. 302, Aktg. 6 sept. 1965 ; v. BEJOT, « la protection des actionnaires externes dans les groupes en France et en Allemagne », Dijon 1974, p. 99.

sociétés dépendantes est donc à la fois indirecte et a priori puisqu'il contraint la société dominante à « financer » la société dépendante à hauteur des pertes constatées pour préserver, avant tout litige, le gage de ses créanciers (35). Au contraire, la protection des créanciers en droit français paraît directe et a posteriori : la société dominante, « dirigeant » la filiale, doit indemniser ses créanciers lorsque sa faute, prouvée ou présumée, est la cause, ou est présumée être l'origine de l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire du préjudice dont les créanciers demandent réparation (36). Mais, si l'opposition est réelle entre les positions respectives du droit français et du droit allemand, il est permis de penser qu'en pratique elles conduisent sensiblement au même résultat. En effet, même si elle n'y est pas tenue contractuellement, il est vraisemblable qu'une société dominante prendra en charge le passif de ses filiales lorsque celles-ci risquent de devoir cesser leurs paiements : la crainte d'engager sa responsabilité et l'extrême difficulté prévisible de s'en dégager constituent de puissants facteurs en ce sens. Pourtant, lorsque la société dominante, bon gré mal gré, y consentira, elle risque à nouveau d'engager sa responsabilité, mais cette fois-ci en tant que distributeur de crédit.

§ 2 — Les crédits octroyés aux filiales

374. — Auteurs et tribunaux ont souvent montré les dangers que pouvait présenter une distribution inconsidérée du crédit pour les créanciers de la société qui en bénéficiait (37). Mais, seule l'hypothèse la plus habituelle, l'octroi de crédit par le secteur bancaire, a généralement retenu l'attention. En revanche, le problème de la responsabilité d'une société dominante en tant que distributeur de crédit n'a été que très rarement abordé (38). Pourtant, la question est d'importance à la fois sur le plan pratique

(35) BRILL, « la filiale commune », th. Strasbourg, 1975, p. 299, n° 315.

(36) Si le montant des condamnations prononcées sur la base de l'article 99 n'a pas suffi à régler tous les créanciers, le syndic paraît en droit d'intenter l'action sociale en responsabilité (art. 52 et 244 loi du 24 juillet 1966) contre les gérants et administrateurs, qui lui paraîtront encore solvables, pour obtenir réparation du préjudice subi par la société débitrice du fait des pertes causées par les fautes de gestion.

(37) Cf. not. STOUFFLET, « l'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? », JCP 1965, I, doct. 1882 ; VEZIAN, « la responsabilité du banquier », thèse Montpellier, Librairies techniques, 2^e éd., 1977 ; VASSEUR, « la responsabilité du banquier, dispensateur de crédit... », Banque 1976, 480 ; « Après l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1978... », Banque 1978, 955 ; G. PRAT, « la responsabilité du banquier et la "faillite" de son client », Ed. Technique et Documentation, 1980.

(38) Cf. T. com. Nancy, 6 février 1978, rev. jurispr. com. 1978, n° 840, p. 230, note LEVY. En l'espèce, une société dominante avait maintenu et même augmenté ses avances en compte courant à une société en difficulté. Sa responsabilité ne fut cependant pas retenue aux motifs qu'à la date des concours financiers litigieux, la situation de la société créditée n'était pas irrémédiablement compromise, que les opérations de crédit n'avaient pas prolongé artificiellement la vie de la société bénéficiaire, ni constitué une faute de gestion (les avances se justifiaient par la volonté de permettre à la société dominée de faire face aux difficultés nées de marchés déficitaires) ; BRILMAN, « le redressement d'entreprises en difficulté », éd. Hommes et Techniques, 1978.

et sur le plan théorique. Sur le plan pratique, le groupe est en effet l'un des plus importants fournisseurs de fonds des sociétés qui relèvent de lui. A ce titre, il paraît normal que l'organisme chargé de financer les activités du groupe, s'il n'a pas déjà le statut de banque ou d'établissement financier, réponde tout comme un tel établissement des fautes qu'il a pu commettre lorsqu'elles ont occasionné un préjudice pour les créanciers de la société emprunteuse. Mais, la question mérite aussi examen sur le plan théorique : en effet, l'existence d'un pouvoir de domination et l'effectivité de son exercice donnent des contours propres à ce régime de responsabilité. En particulier, les causes d'exonération invoquées par une société dominante pourront être examinées avec une rigueur plus grande que celles dont pourrait arguer un bailleur de fonds qui ne dispose d'aucun droit de regard sur la gestion.

375. — Il semble que le grief le plus fréquemment formulé par les créanciers contre une société dominante soit d'avoir maintenu artificiellement en vie des filiales condamnées sur le plan économique (39). De fait, l'expérience enseigne que des holdings ou sociétés-mères pratiquent parfois une transfusion financière permanente au profit de sociétés en prise à de très graves difficultés (40). Les Pouvoirs Publics (41) et les banques, dont dépend le crédit du groupe dans son ensemble, ont d'ailleurs pris l'habitude d'user de fortes pressions en ce sens. Mais cette politique d'assistance continue aux filiales n'est évidemment pas sans limites. Elle conduit à un affaiblissement du groupe tout entier qui contraindra, à un moment donné, ses dirigeants à cesser un concours financier ruineux. Mais, du même coup, la filiale se verra alors obligée de déposer son bilan et la société dominante s'exposera à voir sa responsabilité recherchée par les créanciers de la société abandonnée.

376. — On sait que la Cour de cassation ouvre cette action au syndic sans qu'on puisse opposer à ce dernier la qualité de créancier dans la masse du fournisseur des crédits litigieux. La Chambre commerciale autorise, en effet,

(39) BRILMAN, *op. cit.*, p. 21 et 22.

(40) Pour un exemple, v. T. co. Paris, 11^e ch., 3 nov. 1975, aff. GARNIER et LAMOUSSE déjà citée, inédit. En l'espèce, les trois groupes d'actionnaires d'une société C.S.P. ont comblé chaque année le passif très important de la société au prorata de la participation détenue dans son capital. Ce comblement permanent des déficits a été jugé fautif, empêchant par là-même les dirigeants de s'exonérer de la présomption de responsabilité de l'art. 99 de la loi du 13.07.1967.

(41) On signalera l'intéressante décision (frappée d'appel) du T. com. Rouen du 10 mars 1981 (D.S. 1981, Somm. 337, obs. VASSEUR) qui a engagé la responsabilité de l'État en tant que dirigeant de fait et lui a imputé les pertes d'exploitation résultant de la continuation de l'activité d'une société dont le règlement judiciaire n'a pas été converti en liquidation des biens malgré un passif très lourd en raison de l'engagement du gouvernement, confirmé par lettre du Préfet de Région, adressée au Tribunal, « d'assurer les conditions de la poursuite d'activité de la société dans l'attente de la mise en place d'un plan durable de restructuration ».

depuis son arrêt LAROCHE du 7 janvier 1976 (42) le syndic à agir au nom de la masse contre un banquier, créancier dans la masse, coupable d'avoir artificiellement entretenu le crédit du débiteur. Non seulement la Cour de cassation écarte désormais l'argument traditionnellement avancé pour dénier au syndic qualité pour agir, qui subordonnait la recevabilité de l'action en responsabilité exercée par le syndic au nom de la masse à l'existence d'un **intérêt commun** à tous les créanciers. Elle juge que cette communauté n'est juridiquement pas exclue dans le cas d'une action dirigée contre l'un des créanciers dans la masse (43) car, même si ce dernier a par ailleurs une dette de responsabilité à sa charge à l'égard de la masse, il a en tant que membre du groupement, comme tous les autres titulaires de créances, intérêt à réduire l'insuffisance d'actif. Que sur un plan pratique, sa dette soit supérieure au dividende qu'il peut espérer toucher, importe peu.

Mais, en outre, elle a décidé, toujours par l'arrêt LAROCHE, rompant ainsi avec la solution qu'elle donnait dans sa décision du 19 mars 1974 (44), que la possibilité pour chaque créancier dans la masse d'agir en réparation, pourvu, ainsi qu'elle l'a précisé par la suite (45), de justifier « d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres » créanciers dans la masse, ou, simplement, une fois la procédure collective achevée, d'une insuffisance des répartitions ou dividendes (45 bis) ne saurait pas priver le syndic du droit d'actionner également le créancier fautif puisqu'il poursuit la réparation d'un préjudice différent, celui du groupement : « le syndic tient des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse,

(42) Com. 7 janvier 1976, Gaz. Pal., 1976, I, 412, note BOULOC ; JCP 1976, II, 18327, note GAVALDA et STOUFFLET ; GHESTIN, « La prophétie réalisée », JCP 1976, I, 2786 ; Bull. IV, p. 7 n° 6 ; D. 1976, 277, note DERRIDA et SORTAIS ; rev. soc. 1976, p. 126, note A. HONORAT ; RTD com. 1976, p. 171, nos 7 et 8, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; VASSEUR « La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976 », Banque, 1976, p. 367 ; DI VITTORIO, « l'évolution de la responsabilité du banquier », Banque 1977, p. 1207 et 1353, spéc. p. 1354 et s. ; rev. jurispr. com. 1976, p. 401, note BRUNET ; rev. syndics 1976, 172, obs. PLAISANT.

(43) Cf. les motifs de Paris, 19 juin 1978, rev. jur. com. 1979, 257, note N. XUAN CHANH : « Que la masse apparait donc comme un groupement légal et obligatoire des créanciers, qui existe de plein droit par le seul effet du jugement et auquel la loi reconnaît des droits et des obligations ; considérant que tout groupement ayant l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations, constitue une personne morale distincte de la personne physique ou morale de ceux qui la composent ; qu'il s'en suit que le syndic, qui réclame la réparation d'un préjudice subi par la masse, n'agit pas au nom de chacun des créanciers qui la composent mais au nom de la personne morale que constitue la masse des créanciers et dont il est le représentant légal, et qu'à ce titre, il peut exercer l'action en responsabilité contre le responsable du dommage, fût-il par ailleurs un créancier dans la masse ».

(44) Com. 19 mars 1974 ; D. 1975, 124, note SORTAIS ; bull. civ. IV, p. 79, n° 98 ; RTDco 1975, p. 128, n° 11, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

(45) Com. 31 mars 1978, D. 1978, 646, note DERRIDA et SORTAIS ; J.C.P. 1979, II, 19119, note A. BRUNET ; rev. jurispr. com. 1980, 95, 2° esp., note DE FONTBRESSIN. V. supra, n° 365.

— (45 bis) Com. 25.05.1981, deux arrêts, précit., supra, n° 365.

coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs **à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif**». Cette solution a été confirmée sans équivoque par la Cour de Cassation dans son arrêt du 24 janvier 1978 (46).

A notre avis (47), le syndic, pendant toute la durée de sa mission, est même seul en droit, sauf dans le cas d'une clôture de la liquidation des biens du débiteur pour insuffisance d'actif, de demander réparation au tiers, responsable de tout ou partie de cette insuffisance d'actif, du préjudice résultant pour les créanciers de la fraction impayée de leurs créances. Les créanciers, désirant agir individuellement pour obtenir des dommages-intérêts à l'encontre dudit tiers, en vue de compenser le dommage procédant de la fraction impayée de leurs créances, après répartitions ou dividendes, devront attendre la clôture de l'union ou le jugement d'homologation du concordat. Ils ne pourront se présenter individuellement devant le tribunal que si le syndic n'a pas déjà agi pour leur compte commun.

377. — Il n'est nulle raison d'écouter cette analyse lorsque le distributeur de crédit n'exerce pas le commerce de banque ou celui d'établissement financier. Comme dans l'hypothèse de la responsabilité du banquier, on se gardera de confondre le dommage subi par la société débitrice et celui éprouvé par la masse de ses créanciers du fait du soutien financier fautif accordé par la société dominante. Ce préjudice, en principe, ne peut être égal à l'alourdissement du passif de la société débitrice, permis par la continuation d'activité, ou à l'appauvrissement de son actif, provoqué, par exemple, par la circonstance que la société dominante a profité de la poursuite de l'exploitation pour récupérer partie de sa créance. Il correspondra à la variation en hausse de l'insuffisance d'actif depuis la date du crédit incriminé jusqu'à celle du jugement déclaratif. C'est la fraction de l'insuffisance d'actif qui est directement imputable à la faute du fournisseur de crédit ; ou encore, de façon plus précise, la réduction du montant des dividendes ou répartitions revenant aux créanciers compris dans la masse, qui résultera de la diminution, à la date du jugement déclaratif, des sommes à partager par rapport à celles qui eussent pu être réparties en l'absence des crédits litigieux, si l'ouverture de la procédure collective avait été plus précoce (48).

Cette hypothèse du maintien artificiel en activité de la filiale bénéficiaire nous retiendra en premier lieu ; nous examinerons ensuite l'action individuelle des créanciers qui, prouvant qu'ils se sont engagés sur la foi d'un crédit ostensible, entendront obtenir réparation de leur préjudice particulier.

(46) Com. 24 janvier 1978, rev. soc. 1978, 298, note A. HONORAT ; cette nouvelle jurisprudence a été adoptée par diverses Cours d'appel : V. P. DU ROURE, rapports généraux de synthèse à la conférence générale des Tribunaux de Commerce, Versailles, 21 novembre 1980, sp. p. 23 ; égal. : C.A. Rennes, 6 juin 1979, rev. juris. com. 1981, n° 936, note R. LE GUIDEC.

(47) V. supra, n° 365.

(48) V. Paris, 19 juin 1978, précit. et la note N. XUAN-CHANH ; cf. égal. BRUNET, note sous com. 7 janvier 1976, précit.

A - LES CRÉDITS OCTROYÉS MAINTIENNENT ARTIFICIELLEMENT EN ACTIVITÉ LA FILIALE BÉNÉFICIAIRE

378. — 1^o) **La faute** des dirigeants de groupe consiste à avoir, en connaissance de l'état de cessation de paiements virtuel du crédité, stimulé de manière éphémère, une entreprise vouée à la ruine en lui procurant des fonds qui lui ont permis de continuer son exploitation. La société dominante ne pourra, semble-t-il, s'exonérer en démontrant que les prêts et avances consentis à la société débitrice s'analysaient en des opérations à fonds perdus, desquelles elle ne pouvait retirer aucun profit personnel. Elle ne pourra mettre en avant les objectifs de solidarité que tendaient à satisfaire les concours financiers qu'elle a accordés : en dernière analyse, sa faute consiste justement à avoir fait passer la solidarité entre sociétés groupées avant la nécessaire protection des tiers.

De même, lui sera-t-il, en pratique, à peu près impossible, sauf circonstances exceptionnelles, d'invoquer son ignorance de la véritable situation des affaires de la société débitrice. A l'heure actuelle d'ailleurs, la question de la connaissance par le créateur de l'état de cessation des paiements du crédité rebondit. En effet, avec la définition de la cessation des paiements retenue par la Chambre commerciale (49), se trouveraient, à la limite, dans cet état, toutes les entreprises, extrêmement nombreuses au demeurant en France, dont l'actif disponible serait inférieur au total de leur passif exigible, ce qui s'aperçoit facilement au seul examen du bilan. Va-t-on pour autant affirmer que la filiale a cessé ses paiements et que la société dominante ne pouvait l'ignorer ?

379. — Certes, s'agissant de la responsabilité de banques, la Cour de cassation a admis que le fournisseur de fonds n'avait pas connu l'état de cessation des paiements de son client alors pourtant que les crédits litigieux devaient servir à « recréer » un fonds de roulement, ce qui pouvait révéler qu'à l'époque des prêts, l'entreprise bénéficiaire ne pouvait faire face à son passif exigible avec son actif disponible (50).

La notion de cessation des paiements aurait donc un contenu différent selon qu'il s'agit d'ouvrir une procédure collective ou de caractériser la connaissance par le banquier de la situation véritable du débiteur : dans un cas, suffirait le critère comptable d'un actif disponible insuffisant à couvrir le passif exigible, dans l'autre il faudrait relever des « difficultés (connues du banquier)... telles qu'il est vain d'espérer qu'elles puissent être surmontées... » (51). Mais, même si l'on acceptait cette opinion, une société dominante

(49) V. *supra*, n° 360, note 4.

(50) Com. 9 mai 1978, Bull. n° 136, p. 114.

(51) Cf. M. le Président DU ROURE (Rapport de synth., précit., p. 3, qui cite le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1978 : « le banquier joue un rôle parfaitement normal et utile... (lorsque) l'aide qu'il apporte permettra à l'entreprise, dont la situation est momentanément compromise, de faire face et de reprendre ensuite une activité normale... si au contraire les difficultés de l'entreprise sont telles qu'il est vain d'espérer qu'elles puissent être surmontées... »

peut-elle être dupe de l'apparence de prospérité de sa filiale ? Peut-elle utilement invoquer son ignorance de la véritable situation de la société ? A la limite, en supposant même que la société-mère ou la holding ait ignoré l'état virtuel de cessation de paiements de la société débitrice (52), elle disposait normalement de tous les moyens nécessaires pour en être informée. Son ignorance peut donc elle-même être fautive dans la mesure où elle témoigne de sa négligence ou d'erreurs de gestion antérieures (53). On peut d'ailleurs penser que la jurisprudence se montrera d'autant plus sévère à l'encontre des sociétés dominantes, pourvu bien entendu qu'une cessation des paiements de la société débitrice ait été effectivement constatée (54), qu'elle a témoigné, au moins jusqu'à une date récente, d'une grande rigueur à l'égard des banques (55) dont les moyens d'action et de surveillance sont pourtant, en règle générale, moins importants que ceux d'une société-mère.

la cessation des paiements est déjà virtuellement consommée, ce sera une faute grave pour la banque de prolonger l'agonie de l'entreprise par l'octroi d'un concours inconsidéré». Un fournisseur de crédit peut donc licitement permettre à une entreprise de «faire face» donc lui fournir la trésorerie manquante pour régler le passif exigible (alors que cette même entreprise devrait pour sa part, étant en cessation de paiements au sens de l'arrêt précité du 14.2.78, déposer son bilan). Il ne devra cesser ses concours que si tout espoir de redressement disparaissait : à son égard, le bénéficiaire des crédits serait alors en situation de cessation des paiements. La Chambre commerciale, en rompant dans l'intérêt du crédit avec le critère comptable, paraît rejoindre ainsi la seconde condition traditionnelle de l'état de cessation des paiements qu'elle avait apparemment répudiée, à savoir le caractère irrémédiablement compromis et sans issue des affaires du débiteur.

(52) M. BRILMAN (op. cit., p. 21 et 22) a montré que dans certains groupes, cette situation pouvait se rencontrer. L'auteur expose en particulier les dangers des prêts et avances qui peuvent, à terme, masquer les déficiences de la société bénéficiaire en restaurant «comptablement» sa rentabilité. Ces opérations peuvent produire des effets d'autant plus sournois que les dirigeants du groupe eux-mêmes peuvent, après plusieurs exercices, ne plus savoir que la filiale est en déficit permanent et croire en sa solvabilité : il est en effet difficile de masquer la réalité aux autres sans finir, après un certain temps, par se mentir à soi-même.

(53) V. Aix-en-Provence, 18 juin 1975, précit.

(54) Ce qui n'était pas le cas dans l'espèce soumise au T. com. Nancy, 6 février 1978, précité.

(55) M. VASSEUR (note sous Paris, 6 janvier 1977, D. 1977, 144) a même pu écrire que la rigueur des solutions jurisprudentielles aboutissait à édicter à l'encontre des banques «une sorte de présomption de fait irréfragable» de connaissance de la cessation des paiements de leurs clients, dès lors du moins, que les dernières situations comptables et le bilan de l'entreprise en difficulté leur avaient été communiqués (com. 15 mars 1974, Bull. civ., 1974, IV, n° 158, p. 126). Contre cette conception d'une responsabilité automatique et nécessaire du banquier, une récente réaction jurisprudentielle s'est fait jour, déjà annoncée par certains arrêts plus anciens, (v. not. Aix-en-Provence, 8 juillet 1971, Banque 1971, 1145 : d'après cet arrêt «le banquier n'est pas tenu d'exercer un contrôle lorsque rien ne vient éveiller sa suspicion à l'égard du client»). Elle est illustrée par l'arrêt précité de la Cour de Paris du 6 janvier 1977, confirmé par la Chambre commerciale (9 mai 1978, Bull. n° 136, p. 114). En l'espèce, il a été jugé que la recevabilité de l'action du syndic contre des créanciers dans la masse contre les banquiers, admise depuis l'arrêt de la Chambre commerciale du 7 janvier 1976, n'implique nullement la possibilité de mettre systématiquement en œuvre la responsabilité de ces derniers ; ces décisions se contentent, pour rejeter toute responsabilité, du respect des règles de prudence que l'usage et les circonstances permettent au banquier de suivre. Cf. égal. les motifs de com. 5 décembre 1977, Ch. Réunies, rev. jur. com. 1979, 254 : «qu'au surplus, sauf à retenir une responsabilité automatique et de plein droit du banquier bailleur de fonds ou dispensateur de crédit, il serait inéquitable et anti-économique de lui interdire de tenter, avec les risques raisonnés que cela comporte, d'aider une entreprise en difficulté».

380. — La responsabilité d'une société dominante comporte cependant des limites. Le seul fait d'accorder un délai à la filiale débitrice afin de prolonger des crédits antérieurement consentis ne paraît pas fautif. C'est là une application d'un principe très général selon lequel toute personne a un intérêt légitime à ménager son débiteur pour préserver la créance qu'elle détient contre lui. « Aucune règle, écrit M. STOUFFLET (56), n'astreint le créancier à exiger, strictement à l'échéance, l'exécution de l'obligation », à peine, d'ailleurs, de devoir engager la responsabilité de tous les créanciers qui, s'abstenant de faire valoir leurs droits quand ils le pourraient, laisseraient par ce moyen s'accumuler le passif.

381. — 2°) **Le dommage** occasionné aux créanciers de la société débitrice résulte de l'aggravation du passif et/ou de la diminution de l'actif qu'a provoquées la continuation de l'exploitation. Il est « au plus égal à la différence entre l'insuffisance d'actif au jour de l'ouverture de la procédure collective et celle qui existait au jour où (le créateur) a commis la faute de consentir un nouveau crédit » (57).

Il est certain, en effet, que le préjudice collectif que peut ici invoquer le syndic ne correspond pas à la totalité de l'insuffisance d'actif mais, au maximum, à son aggravation entre la date d'octroi du crédit (qui est par hypothèse postérieure à celle de la cessation des paiements) et la date de l'arrêt de l'activité et du dépôt de bilan. Plus précisément, les montants mis en compte par le syndic ne devraient, semble-t-il, pas comprendre les pertes nées de l'ouverture même de la procédure collective (frais de justice, de licenciement, moins values sur réalisation des actifs...) qui de toute façon, même à défaut des prêts litigieux, eussent été encourues puisqu'aussi bien la société débitrice, si elle n'avait été soutenue artificiellement, aurait dû déposer son bilan (58).

382. — 3°) **Le lien de causalité** entre les prêts fautifs et le préjudice ressenti par les créanciers de la société emprunteuse sera établi s'il peut être prouvé que, livrée à ses propres forces, la société débitrice aurait été contrainte de déposer son bilan plus tôt et évité ainsi à ses créanciers l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'a provoquée sa survie artificielle (59). En principe, la société dominante, contrairement à d'autres fournisseurs de crédit, ne pourra pas prétendre à un partage de responsabilité en invoquant des causes atténuantes, telle que la gestion déficiente de l'entreprise bénéficiaire, ou le caractère indirect du préjudice des créanciers, par exemple en cas d'emploi abusif du produit des prêts obtenus.

(56) STOUFFLET, art. précit., JCP 1965, doct. 1882.

(57) Paris, 19 juin 1978, précit.

(58) En ce sens, v. P. DU ROURE, rapport précit., p. 23.

(59) VEZIAN, th. précit., p. 165 ; v. égal. Aix-en-Provence, 2 juillet 1970, JCP 1971, II, -16686, note GAVALDA.

Ne dispose-t-elle pas, en effet, de tous les moyens nécessaires pour vérifier l'affectation des fonds aux emplois prévus ? Sans doute même est-il probable que la société-mère aura délégué, auprès de sa filiale, sa propre équipe de financiers et de contrôleurs pour l'aider à surmonter ses difficultés.

Mais, si le maintien artificiel en vie d'une filiale économiquement condamnée est source de responsabilité pour la société dominante, la seule poursuite de l'activité, dans des conditions normales en apparence, permise grâce aux concours reçus du groupe est susceptible de tromper les tiers entrant en relations avec la filiale avant sa chute finale. En effet, prêter de l'argent, c'est non seulement **faire** confiance, c'est aussi **donner** confiance en la solvabilité de l'emprunteur — on ne prête qu'aux riches... — ou, dans l'ignorance des tiers de l'origine des fonds, l'affubler d'une apparence de prospérité dont rien ne permet de penser qu'elle ne soit pas la conséquence d'une bonne gestion.

B - LES CRÉDITS OCTROYÉS DONNENT UNE APPARENCE DE SOLVABILITÉ A LA FILIALE BÉNÉFICIAIRE

383. — De plus en plus souvent, on voit certains créanciers reprocher au banquier de leur débiteur, faisant l'objet d'une procédure collective, d'avoir par des concours inconsidérés, créé ou entretenu un climat artificiel de confiance et de solvabilité qui les a incités à contracter. La recevabilité de leur action individuelle ne fait aucun doute s'ils démontrent que leurs droits à l'encontre du débiteur sont nés postérieurement à l'octroi des crédits litigieux ; en effet, l'instance contre le fournisseur de crédit ne vise pas à réparer un dommage collectif, subi par la masse, mais n'intéresse qu'une catégorie bien déterminée de créanciers (60). Les conditions de fond d'une telle action sont également connues : le banquier doit avoir commis une faute en montrant aux tiers, par les facilités qu'il a accordées ou maintenues, que le débiteur était digne de crédit, alors qu'en réalité il n'ignorait pas ou ne pouvait pas ne pas savoir qu'il se trouvait en état de cessation des paiements. Cette faute, en outre, doit être telle qu'elle a provoqué chez les créanciers, demandeurs à l'action en dommages-intérêts, une erreur quant à la situation réelle de leur débiteur qui les a empêchés d'apercevoir, à la date de la conclusion du contrat, les véritables risques qu'ils encouraient, leur occasionnant ainsi un préjudice, en principe égal à la différence entre le montant de leur créance et celui des dividendes ou répartitions qu'ils auront touchés à la clôture de la procédure (61). Il ne semble pas que les créanciers aient à établir qu'ils connaissaient, à la date de l'entrée en relation avec le

(60) VEZIAN, *op. cit.*, p. 153 et 154 ; GAVALDA et STOUFFLET, note sous Paris 19.02.1979, JCP 1979, II, 19172.

(61) STOUFFLET, *art. précit.* n° 15, *in fine* ; VEZIAN, *op. cit.*, p. 166 ; BRUNET, note cit. *supra* n° 376, *ad. notam.*, sous com. 31.03.1978.

débiteur, l'existence du crédit litigieux, pour engager la responsabilité du banquier (62). Il leur suffira de démontrer qu'ils ont été victimes d'une apparence trompeuse de solvabilité (le débiteur paie régulièrement ses cotisations fiscales, parafiscales et sociales ainsi que ses fournisseurs ; son train de vie, ou celui de ses dirigeants, est important...) et qu'ils puissent imputer cette circonstance aux facilités consenties par tel banquier, même si leur existence n'a pu être découverte que par la suite, par exemple pendant le cours de la procédure collective.

383 bis. — Cette analyse, il va de soi, est transposable aux prêts et avances que consent une société dominante à une filiale en difficulté. Une hypothèse particulière aux groupes doit cependant être examinée. Elle concerne cette catégorie de créanciers, particulièrement bien informés (les importants partenaires commerciaux ou les banques en relations habituelles avec le groupe) qui, **tout en connaissant les difficultés de la filiale** (62 bis), traitent néanmoins ou poursuivent leurs relations d'affaires avec elle parce **qu'ils font confiance à la société dominante**. Quoique informés de la situation réelle de leur cocontractante, ils prétendront avoir été abusés par des liens de solidarité groupale qui existeront en apparence à la date de la convention passée et dont le caractère fictif et artificiel n'apparaîtra qu'ensuite, à un moment où il sera trop tard.

Ces tiers ne sont-ils pas coupables de négligence pour s'être fiés à la surface financière de la société dominante et, plus généralement, du groupe tout entier, plutôt que de considérer la capacité d'endettement et l'état des affaires propres de la filiale concernée ? La confiance ainsi investie n'est-elle pas toute gratuite lorsque le créancier néglige délibérément les signes de dégradation de la situation personnelle de son cocontractant et la circonstance, connue de lui, que, par ses seules forces, ce dernier était incapable de faire face à son passif exigible ? (62 ter).

Il est dangereux, surtout en notre matière, de généraliser. On peut, cependant, se montrer à juste titre réticent pour admettre l'existence de pareille faute lorsque, ce qui est fréquent, certains éléments de fait éclairent et justifient la conclusion du contrat. D'abord, il peut être soutenu que la filiale, même si sa situation déficitaire était connue, n'a subi aucun incident de paiement. Un organisme de crédit, par exemple, pouvait-il raisonnablement penser que le groupe acculerait sa filiale au dépôt de bilan, en refusant brutalement d'assurer ses échéances, alors que précédemment, et au vu et au su de ses bailleurs de fonds habituels, il lui a toujours permis d'honorer ses

(62) Contra : PRAT, op. cit., p. 180.

(62 bis) Par l'examen des comptes sociaux et l'application de la méthode des ratios tout d'abord ; mais aussi par des entretiens menés avec la direction du groupe.

(62 ter) On sait que la jurisprudence, sinon exonère le banquier, du moins admet un partage de responsabilités lorsque le créancier s'est montré imprudent ou insuffisamment soucieux de ses propres intérêts (v. p. ex. Nancy, 15.12.1977, JCP 1978, 18912, note STOUFFLET).

engagements ? Ensuite, très souvent, les principaux interlocuteurs du groupe traitent avec les mêmes personnes, agissant pour le compte de ses membres. La confiance investie en ces personnes, qui donne la mesure du crédit, est « globale ». Enfin, il est des hypothèses où il devient particulièrement difficile pour les tiers de prévoir que cette « solvabilité par procuration » cessera et surtout à quel moment elle cessera. Ainsi, la société dominante peut avoir déclaré, soit à certains créanciers nommément désignés (62 quater), soit plus généralement à des représentants de la presse financière qui s'en feront l'écho auprès des milieux d'affaires, qu'elle maintiendra et garantira toujours la solvabilité et la liquidité de sa ou de ses filiales en difficulté (63). De la même manière, si la société-mère ne requiert elle-même aucune sûreté de ses filiales (63 bis), elle en donnera à leur profit. Par exemple, elle cautionnera leurs engagements au profit des créanciers les plus importants ou les plus pressants. Or, les garanties données, outre la sécurité financière qu'elles apportent à leurs destinataires directs ne sont pas, psychologiquement, sans conséquence à l'égard des autres créanciers non garantis, pour autant bien sûr (mais les échanges de renseignements et les indiscrétions, on le sait, vont bon train entre banques) qu'ils pourront en avoir connaissance. A l'égard de ces derniers, la société dominante montrera une nouvelle fois sa solidarité économique avec sa filiale, à défaut de la traduire par une solidarité financière juridiquement efficace. Les sûretés ainsi conférées pourront être interprétées comme un indice supplémentaire de ce que le groupe sera, le cas échéant, prêt à répondre des dettes de ses membres.

On peut gager qu'une société dominante s'exonèrera difficilement lorsqu'il sera établi qu'elle n'a pas respecté l'apparence de solidarité qu'elle a créée, en abandonnant une filiale en difficulté.

384. — On s'aperçoit aisément que le financement des filiales en difficulté représente une entreprise délicate et dangereuse. Mais, la constatation paraît banale tant ses illustrations sont devenues habituelles dans le domaine de la responsabilité des banques. Il semble cependant qu'au moment où doctrine et jurisprudence s'efforcent d'enrayer les développements excessifs de celle-ci, la responsabilité des sociétés dominantes soit appelée à une grande extension. En effet, qu'elles financent ou qu'elles refusent de financer leurs filiales en difficulté, leur responsabilité pourra être engagée lorsqu'au bout du compte un dépôt de bilan desdites filiales doit être envisagé.

Cette situation est-elle critiquable ? Nous ne le pensons pas. D'une part, elle ne résulte, après tout, que de l'application des principes les plus traditionnels de la responsabilité civile, même si, dans le cas de l'article 99 de

(62 quater) Sur les lettres d'intention, v. *supra*, n° 17 ad. notam.

(63) Cf. M. LUTTER, La responsabilité civile dans le groupe de sociétés, *Rev. soc.* 1981, 698, spéc. p. 706.

(63 bis) Cf. *supra*, n° 11.

la loi du 13 juillet 1967, leur jeu paraît quelque peu faussé par la mise en œuvre de présomptions légales : aucune division des risques ne saurait contrecarrer l'action dirigée contre les tiers responsables de l'inexécution du contrat par le débiteur. D'autre part, il est sain et conforme à notre droit d'allier pouvoir et responsabilité : une société-mère, à l'inverse par exemple d'un organisme bancaire, est, en droit ou en fait, le maître absolu de ses filiales ou, en tout cas, dispose des moyens nécessaires pour exercer un tel pouvoir. Elle peut décider de courir le risque de poursuivre une exploitation en perte de vitesse dans l'espoir de la redresser, elle peut aussi refuser ce risque, liquider sa filiale et désintéresser ses créanciers. Dès lors, il paraît admissible que sa responsabilité, par son extension et ses modalités de mise en œuvre, soit aussi large que le sont ses pouvoirs.

384 bis. — En outre, il y a les plus fortes chances pour qu'en pratique la société prêteuse, et a fortiori la société dominante, n'obtiennent pas le remboursement ou un remboursement très faible des sommes versées lorsque la société bénéficiaire fait l'objet d'une procédure collective. Généralement, en effet, les prêts et avances inter-groupe ne sont garantis par aucune sûreté particulière. Du reste, il est assez fréquent que la société prêteuse abandonne purement et simplement sa créance, ou encore « oublie » de produire en laissant intervenir à son encontre la forclusion pour éviter d'alourdir un passif qu'elle craindra devoir combler ou pour, le cas échéant, faciliter les chances d'un concordat.

Cette situation ne sera pas sans favoriser le développement au sein des groupes de la formule des prêts participatifs. Ces derniers, institués par la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 (63 ter) sur le modèle des « prêts subordonnés » que connaissent les droits anglo-saxons et des Pays-Bas, ont été conçus essentiellement, semble-t-il, pour les aides financières de l'État et des organismes de crédit qui dépendent de lui (64).

On ne voit guère, en effet, l'intérêt que pourrait trouver un prêteur dans un mécanisme qui le place au « dernier rang » des créanciers, dans une situation « infra-chirographaire » (65), puisqu'en cas de liquidation amiable ou de liquidation des biens il ne sera remboursé qu'après complet désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés ou non (article 26 de la loi du 13 juillet 1978) et qu'en cas de règlement judiciaire de la société emprunteuse, le remboursement des prêts et le paiement des intérêts sont

(63 ter) Loi relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, J.O. 14.07.1978 ; D. 1978, L. 311. Cf. not. CABRILLAC et RIVES-LANGE, RTDco 1979, 289, n° 2 ; HAEHL, Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, préf. P. DIDIER, Bibliograph. dr. de l'Entreprise, libr. technique 1981, p. 127, n° 158 et s. et réf. cit. ; Conseil National de la Comptabilité, Commentaires sur la Comptabilisation des prêts participatifs, doc. n° 22, annexe au bulletin n° 46, 1^{er} trim. 1981.

(64) HAEHL, op. cit., p. 127, n° 158.

— (65) CABRILLAC et ARGENSON, JCP 1979, éd. CI, 7564, n° 14.

suspendus de plein droit pendant toute la durée de l'exécution du concordat (article 27, alinéa 1) (66).

Il est cependant un avantage qui n'apparaît nullement négligeable : le développement de la capacité d'emprunt de la société ainsi financée. En effet, l'article 25-2 de la loi dispose que « les prêts participatifs sont, au regard de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, assimilés à des fonds propres ». En améliorant de la sorte son ratio fonds propres / endettement, la société emprunteuse accroît sa « surface » et se ménager ainsi un accès plus facile au crédit ordinaire (67).

Un tel avantage, joint à d'autres (68), vaudra bien souvent infiniment mieux qu'un maigre dividende dans l'hypothèse extrême où la cessation des paiements de la société créditée sera constatée ; alors surtout que la société prêteuse hésitera, dans bien des cas, à produire et pourra préférer s'exclure spontanément de la masse, se trouvant, en fait, ainsi dans la même situation que si sa créance résultait d'un prêt participatif.

SECTION II

La reconstitution des résultats par le fisc

385. — Les prêts consentis par une entreprise constituent, comme tout autre contrat, des « faits » normalement opposables à ses créanciers, et, en particulier, au créancier fiscal. Mais, s'il importe peu aux créanciers en général que le prêt relève d'une gestion normale (69), pourvu qu'ils soient

(66) En cas de suspension provisoire des poursuites, le versement de ces sommes est suspendu pendant toute la période nécessaire à la réalisation des engagements pris par le débiteur à l'égard de ses créanciers au moment de l'homologation du plan (art. 27, al. 2).

(67) Conseil National de la Comptabilité, Commentaires précités.

(68) L'emprunteuse peut également, depuis l'entrée en vigueur de la loi de finances rectificative pour 1979, dont l'article 7 a abrogé la limitation de déduction prévue antérieurement à l'art. 29 de la loi du 13 juillet 1978, déduire intégralement de son résultat fiscal, la totalité des sommes qu'elle a versées en rémunération du prêt participatif, c'est-à-dire l'intérêt fixe prévu, majoré éventuellement par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net qu'elle aura réalisé, cette participation s'exerçant sous la forme d'un prélèvement prioritaire sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation ; cette forme de rémunération du prêt suppose une approbation de l'A.G.E. des associés et, le cas échéant, de l'assemblée spéciale des associés porteurs d'actions à dividende prioritaire (art. 269-4, loi 24.7.1966) dont les droits se trouvent affectés (art. 28, al. 2, loi du 13.7.1978). Cette assemblée spéciale statue selon les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 156 de la loi du 24.7.1966.

(69) De fait, le droit positif ne répute inopposable aux créanciers un prêt que dans un seul cas : lorsqu'il a été octroyé par le débiteur pendant la période suspecte et de façon purement gratuite (art. 29, loi du 13 juillet 1967). Bien entendu, les prêts couvrant un transfert définitif et frauduleux des capitaux de la société vers la société-mère ou des sociétés sœurs pourront également être attaqués au moyen d'une action paulienne dont le texte précité ne constitue d'ailleurs, selon les auteurs (RODIÈRE, Précis Dalloz, Droit commercial, n° 287 ; STARCK, rep. Dalloz, V^{is} « Action Paulienne », n° 1 ; GRUA, op. cit., n° 210), qu'une application à la fois

complètement désintéressés, la situation du fisc est très différente. Sa créance dépend, en effet, entièrement de la façon dont le contribuable gère son patrimoine. Il a donc un intérêt actuel à exiger de ce dernier que sa gestion soit normale, et en particulier dans les groupes de sociétés, à combattre toute opération permettant la constitution et la localisation d'un profit artificiel dans l'une des sociétés membres (70).

Or, l'octroi de prêts gratuits ou à faible taux d'intérêt peut aboutir à ce résultat lorsqu'un tel financement profite toujours aux mêmes personnes. Et il est parfois bien tentant pour la direction du groupe, de se servir de la technique des prêts et avances pour obtenir, outre les avantages financiers attachés à une circulation optimale des capitaux dans le groupe et à la plus grande efficacité de ceux-ci, un avantage purement fiscal. Mais tout avantage consenti à autrui, même s'il se traduit par une diminution de la matière imposable, ne peut être tenu pour illégitime : l'exploitant est libre de sa gestion et il ne saurait être tenu de retirer le plus grand profit de ses affaires

renforcée et simplifiée ; cette action sera même la seule concevable pour un syndic si le prêt a été conclu plus de dix-huit mois avant ouverture de la procédure collective (v. crim. 7 octobre 1976, Banque 1977, p. 346, obs. MARTIN) ; mais, il faudra alors établir que le prêt a contribué à créer l'état d'insolvabilité, par exemple en permettant de distraire les seules ressources se trouvant encore dans la société après que ses actifs aient été liquidés par ses contrôleurs, et en cas de prêt à titre onéreux, la connaissance de cette situation par l'emprunteur (v. MARTY et RAYNAUD, t. 2, 1^{er} vol., n° 711 ; req. 25 juin 1895, D.P. 1895, I, 486 ; Paris 23 juillet 1937, D.P. 1939, 2, note RADOUANT ; civ. 27 février 1973, Bull. civ. n° 70, p. 66).

(70) Cependant, il faut ajouter que, comme toute autre dépense, l'abandon de la créance naissant d'un prêt accordé à une filiale en difficulté n'est pas déductible des résultats de la société-mère pour la seule raison qu'il constitue un acte de gestion normale. En effet, conformément aux principes gouvernant la déductibilité des frais généraux, cette dépense ne se rangera pas au nombre des charges déductibles s'il peut être établi qu'elle correspond à l'acquisition d'un élément d'actif par la société-mère prêteuse, c'est-à-dire, ici, à une valorisation de la participation qu'elle détient dans sa filiale résultant de l'abandon. Cette solution a été affirmée par le Conseil d'État dans son arrêt de Plénière du 30 avril 1980. (Req. 16253, Rev. jurispr. fisc., juin 1980, p. 246, n° 467, concl. com. du gouv. MARTIN-LAPRADE, Rev. Soc. 1980, 785, note B. PLAGNET). L'arrêt précise, toutefois, qu'une telle valorisation ne saurait avoir lieu que si l'actif net de la société emprunteuse était déjà positif avant l'abandon de créance (ou l'était devenu après celui-ci, auquel cas seule la fraction de la « subvention » qui a eu pour effet de rendre la situation nette positive serait à réintégrer aux bénéfices imposables de la société prêteuse) et limite la réintégration au pourcentage du montant de la créance abandonnée correspondant à la part du capital détenue par la société-mère, le surplus de la subvention octroyée ne pouvant avoir pour contrepartie une valeur mathématique accrue des titres possédés par cette dernière société (v. à ce sujet l'étude critique de M. C. GAMBIER, « Abandon de créance par une société-mère en faveur de sa filiale en difficulté », Rev. jur. fiscale, décembre 1980, 491). Par un arrêt récent (CE, 27.11.1981, Req. 16814), le Conseil d'État a introduit une distinction qui ne manquera pas parfois d'être délicate à mettre en œuvre. La Haute Assemblée a, en effet, jugé que l'abandon de créance consenti par une société française à sa filiale allemande, dont elle détenait 97,6 % du capital, devait, en l'espèce, être regardé comme consenti **non dans le cadre de la gestion de ses participations financières mais à des fins relevant essentiellement de son activité commerciale**. Il s'agissait d'éviter la faillite de la filiale qui aurait non seulement porté atteinte au crédit de la mère, mais également entravé la poursuite de ses activités en R.F.A. dont cette filiale était l'instrument. À ce titre, l'abandon de créance a été analysé comme une charge intégralement déductible, sans limitation à concurrence de la situation nette négative de la filiale.

que les circonstances lui eussent permis de réaliser (71). Piètre commerçant d'ailleurs, celui qui ne s'efforcera pas de payer le moins d'impôts possible.

386. — Principe de non immixtion du fisc et du juge de l'impôt dans la qualité de la gestion des entreprises, nécessaire protection des intérêts du Trésor contre une gestion de groupe aboutissant à des transferts de bénéfice, le dilemme est classique : la solution est recherchée traditionnellement dans la théorie fiscale de l'acte de gestion anormale (72). Si aucune autorité extérieure ne peut critiquer les modalités de l'exploitation décidées par les dirigeants de l'entreprise sous leur seule responsabilité, en revanche, l'administration est parfaitement en droit de vérifier que les opérations conclues par eux et en particulier les prêts qu'ils sont amenés à consentir au groupe correspondent à une gestion commerciale normale et s'avèrent conformes aux intérêts de l'exploitation (73). En matière de prêts et avances, les hypothèses d'anomalie les plus fréquemment relevées concernent les financements gratuits ou accordés moyennant un intérêt trop faible. Mais la gratuité ne peut à elle seule donner lieu à réintégration. Elle doit s'avérer étrangère à l'exploitation normale et réaliser un transfert de bénéfices. C'est seulement alors qu'elle pourra être déclarée inopposable au fisc, sans préjudice pour celui-ci d'imposer la société emprunteuse à concurrence de l'avantage anormal reçu, voire de l'intégralité du produit du prêt obtenu, le désinvestissement correspondant à l'égard de cette dernière société à un revenu distribué.

§ 1 — L'inopposabilité du transfert de bénéfices

Fruit d'une construction jurisprudentielle, la théorie de l'acte de gestion anormale permet de combattre les transferts artificiels de bénéfices d'une unité du groupe à l'autre. Il importera d'abord de tenter de définir la notion de gestion anormale (A) puis d'examiner les conditions dans lesquelles la preuve de l'anomalie pourra être rapportée (B) avant d'étudier sa sanction (C).

(71) V. not. CE 7 juillet 1958, req. 35977, Dupond 1958, 575 ; 15 mai 1961, req. 49799, « Droit fiscal », 1961, n° 27, comm. 624.

(72) « La théorie des actes de gestion normaux ou anormaux est la contrepartie de la possibilité donnée aux entreprises par les règles fiscales de déterminer elles-mêmes, dans une certaine mesure, l'assiette de l'impôt qu'elles sont en principe tenues d'acquitter », écrit M. D. HAGELSTEEN, *Rev. jur. fiscale*, mai 1978, 146. V. égal. PICARD, « Les actes anormaux de gestion », *rev. jur. fiscale*, sept. oct. 1979, p. 276 ; COZIAN, le principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises et la théorie de l'acte anormal de gestion, cours polycop. de droit fiscal des affaires, Univ. Paris II, Les cours du droit, 158 rue Saint-Jacques, 75005 Paris.

(73) CE 7 novembre 1963, req. 57183, « Droit fiscal », 1964, n° 12, (Doctr.) ; 22 janvier 1965, req. 63598.

A - NOTION DE GESTION ANORMALE

387. — De prime abord, il paraît extrêmement difficile de définir cette notion. Tout d'abord, la variété des critères utilisés, souvent cumulativement, par une très abondante jurisprudence, peut faire douter de son unité : engagement contracté sans contrepartie aucune, ou sans contrepartie utile à l'exploitation, ou encore avec une contrepartie insuffisante ; prestation offerte excessive par rapport aux ressources de l'entreprise ; prise en charge des dépenses personnelles de dirigeants ; fourniture de services en dessous du prix normal, du prix de revient ou d'une valeur excessive par rapport au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, etc... En second lieu, la jurisprudence distingue l'acte anormal « per se » ou « par nature » (par exemple une charge injustifiée dans son principe) et l'« anomalie quantitative » (charge justifiée en son principe, non dans son montant). Enfin, troisième distingo, il existerait une « anormalité objective » tirée simplement de la nature ou des modalités de l'opération et une « anormalité subjective » trahie par l'objectif poursuivi à travers elle.

388. — En réalité, malgré l'apparente complexité de la matière, une chose est certaine : la jurisprudence prend à la fois en considération, pour définir la gestion anormale, les critères de l'« anormalité objective » et de l'« anormalité subjective ». Certes, l'affirmation peut surprendre puisque la Haute Juridiction semble consacrer le critère purement objectif en délaissant toute analyse de la finalité des actes. Ne considère-t-elle pas, en effet, par une formule devenue habituelle dans ses arrêts les plus récents qu'« il y a lieu de procéder aux réintégrations correspondantes pour la détermination du bénéfice net imposable lorsque des opérations sont, en raison de leur **nature** ou de leurs **modalités**, étrangères à une gestion commerciale normale et dans la mesure où elles ont eu pour effet de diminuer le bénéfice net de la société en réduisant ses profits ou en augmentant ses charges ? » (74). Ainsi, par exemple, serait « anormal par nature », un abandon de créance (75) ; de même, seraient anormales, par leurs modalités, des avances consenties par une société à une autre dès lors seulement qu'elles auraient été consenties sans garantie ni rémunération effectives et que leur montant serait manifestement hors de proportion avec la solvabilité de l'emprunteuse (76).

Mais, par référence à quoi pourra-t-on dire que l'acte, par son principe même, ou ses modalités, présente un caractère anormal ? Que faut-il entendre par « acte étranger à une gestion commerciale normale » ?

(74) CE 6 juillet 1979, Req. 9258, Rev. jur. fiscale 10/1979, p. 342 ; 7 novembre 1979, Req. 6188, Rev. jur. fiscale 1/1980, p. 15 ; 14 mai 1980, Req. 9259, Rev. jur. fiscale, 7-8/1980, p. 310.

(75) B. TADDEI, « La fraude fiscale », LITEC, Droit, 1974, préf. R. HOUIN, p. 98 et réf. cit.

(76) Arrêt n° 9259 précité ; Adde CE 7 février 1979, Req. 8475, concl. LOBRY, Droit fiscal, 1980, I.150.

389. — Faut-il comprendre dans cette catégorie les opérations méconnaissant l'objet habituel de l'entreprise ou encore les pratiques commerciales courantes ? Le caractère vague de l'expression employée par la jurisprudence ne permet pas de les en exclure a priori : l'opération ne présente-t-elle pas, par définition, un caractère insolite ? Il existe même un arrêt du Conseil d'État (77) qui relève que les charges financières résultant d'une convention passée avec une autre entreprise ne sont pas justifiées par « l'objet habituel de l'entreprise ». En l'espèce, il s'agissait d'un fabricant d'appareils de chauffage qui finançait les études poursuivies par un constructeur d'avions.

Mais, à l'analyse de cette décision, il apparaît, comme on l'a remarqué (78), que son fondement n'est pas la différence d'objet entre les deux sociétés mais le caractère artificiel et de pure complaisance des opérations intervenues entre elles. Ensuite, et surtout, le défaut de rapprochement des objets respectifs des sociétés prêteuse et emprunteuse n'est qu'un indice parmi d'autres d'un défaut d'intérêt commun susceptible de traduire l'anomalie de l'opération. Il ne saurait traduire à coup sûr le caractère anormal de l'opération. On voit mal comment le fisc d'abord, le juge de l'impôt ensuite, pourraient s'ériger en censeurs de la violation de l'objet social : celui-ci, qui n'est qu'une manifestation de la liberté d'entreprendre, ne peut être restreint que par les seuls associés.

Cette observation met aussi en relief le caractère irrelevant du critère de l'acte de gestion anormale qui pourrait être tiré des usages professionnels et pratiques commerciales habituelles. Un acte n'est pas anormal du seul fait qu'il n'est pas conforme aux procédés traditionnels (79) ; c'est le droit d'un entrepreneur de recourir à des techniques originales, même risquées. Dans une économie de marché, la solution inverse serait un facteur de sclérose puisqu'elle aboutirait à sanctionner nécessairement les entreprises les plus novatrices.

390. — Dans une autre opinion, semble-t-il dominante, c'est « la démarche qui a conduit le chef d'entreprise à décider de l'action à entreprendre » (80), l'objectif poursuivi à travers l'opération qui pourrait

(77) CE 11 avril 1962, req. 50108, 8^e S.S. ; feuillet B.I.C., IX, 667-C.

(78) X, « l'acte de gestion normal ou anormal », Bull. doc. prat. F. LEFEBVRE, 1970, p. 585.

(79) En ce sens : CE, req. 62099, 15.01.1965, concl. POUSSIERE : « Il convient de considérer que l'acte de gestion doit être apprécié d'après son objectif et qu'il peut ne pas être habituel sans pour autant devenir anormal ». Il y a toutefois **des limites** : pour un cas où le juge, tout en reconnaissant la réalité des services rendus et la nécessité de les rémunérer, critique le « mode de règlement » utilisé qui était, au vrai, insolite (cadeau de manteaux d'astrakan et de vision à l'épouse d'un fournisseur), v. CE 18.12.1974, Req. 93538 ; Rev. soc. 1975, 309, note COZIAN.

(80) Cf. X, « L'acte de gestion normal ou anormal », Bull. doc. prat. F. LEFEBVRE, 1970, 585.

être anormal, non l'opération elle-même. Pour éviter un contrôle purement psychologique des mobiles recherchés et respecter le principe de non immixtion dans la gestion, il est ajouté que l'opération litigieuse ne peut donner lieu à redressement que si elle sert un but manifestement incompatible ou étranger aux intérêts de l'exploitation : une charge, comme un manque à gagner ne présentent un caractère anormal que s'ils ne sont pas justifiés par les intérêts de l'exploitation commerciale (81).

Comme l'écrit M. le Professeur PICARD (82) «... L'anormalité... n'existe finalement que si l'acte ne présente pas un intérêt, même modeste pour l'entreprise... On est en présence d'un acte de gestion anormal... lorsque l'administration ne conteste pas la nature ou la sincérité d'un acte juridique mais corrige les incidences de ce dernier sur le résultat imposable par référence à l'intérêt de l'entreprise ».

Le critère fondamental d'une gestion anormale sera donc, lorsque le contribuable se trouve être une personne morale, la méconnaissance par les dirigeants des intérêts de la collectivité dont ils ont la charge, méconnaissance qui se traduira, bien évidemment, par un préjudice pour le Trésor. Cette analyse peut cependant susciter la critique : le contrôle de l'intérêt ne présente-t-il pas le risque considérable que le juge soit entraîné dans la voie d'un contrôle de la qualité de la gestion des entreprises ? Pour y parer, M. le Commissaire du Gouvernement DELMAS-MARSALET (83) a proposé : « pour rester dans le domaine qui est le sien, cette notion ne doit être appliquée qu'aux actes que l'on qualifierait, en droit des sociétés, de détournement de fonds sociaux, et non aux simples erreurs de gestion, fussent-elles grossières. Nous dirons plus précisément que l'acte de gestion anormal est **celui qui est accompli dans le seul intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise** : par exemple, dans l'intérêt personnel d'un associé ou d'une tierce société qu'il contrôle (c'était le cas dans les affaires précitées des 3 juillet 1961 (84), 5 mai 1967 (85) et 29 mai 1970 (86). En revanche, ne peut être regardé comme étranger à la gestion normale, l'acte entrepris dans ce que les dirigeants croient, à tort ou à raison, être, à un moment donné l'intérêt de l'entreprise, même si cet intérêt concorde, à ce moment-là, avec celui d'un

(81) X, « L'acte de gestion... ». Cette solution est la seule qui respecte les dispositions combinées des articles 38, 39-1 et 209 CGI suivant lesquelles le bénéfice net passible de l'impôt est établi sous déduction des charges supportées dans l'intérêt de l'entreprise : CE 10 janvier 1973, req. 79312, « Droit fiscal » 1974, comm. 223, concl. DELMAS - MARSALET.

(82) PICARD, étude précit., in rev. jur. fiscale 1979, 276 et s. ; v. égal. B. JADAUD, « L'impôt et les groupes de sociétés », Éd. Berger-Levrault, 1970, préf. MEHL et PLAISANT p. 303, n° 307.

(83) DELMAS-MARSALET, concl. sous CE 10 janvier 1973, req. 79312, préc.

(84) CE 3 juillet 1961, req. 47081 ; Droit fiscal, 1961, n° 42, comm. 911 ; Lebon, p. 461.

(85) CE 5 mai 1967, req. 69059 ; Droit fiscal, 1967, n° 22, comm. 664 ; Lebon, p. 199.

(86) CE 29 mai 1970, req. 67221 ; Droit fiscal 1971, n° 26, comm. 954, concl. DUFOUR ; Lebon, p. 367.

tiers par rapport à l'entreprise» (87). Assurément, la définition est remarquable : d'une part, elle permet d'écarter toute appréciation du caractère normal de l'opération elle-même, ainsi que toute référence aux usages professionnels et aux pratiques commerciales. D'autre part, elle réunit dans une certaine mesure les notions de « gestion anormale » et de « gestion abusive » en faisant dépendre la sauvegarde des intérêts du fisc de la poursuite par les dirigeants des intérêts sociaux. La violation des intérêts de l'exploitation, et par ricochet, de ceux du fisc sera consommée lorsque la gestion sociale est menée exclusivement à des fins personnelles, directement ou par une société emprunteuse interposée. Cela ne veut pas dire que l'opération et le service rendu ne puissent en aucun cas servir les intérêts du capital dirigeant, à peine de présenter un caractère anormal. En effet, ils peuvent très bien servir également l'intérêt de l'exploitation parce qu'ils sont susceptibles de procurer une contrepartie appréciable à l'entreprise et, à ce compte, apparaître tout à fait normaux (88).

La similitude est étrange entre le critère utilisé en droit pénal et celui employé en droit fiscal pour caractériser une gestion contraire à l'intérêt social. Pourtant, le Conseil d'État refuse d'aller aussi loin que les juridictions répressives : à ses yeux, les entreprises, celle qui s'est sacrifiée et celle qui s'en est trouvée avantagée, doivent être juridiquement ou économiquement liées, et ce, de façon directe et sans intermédiaire, pour qu'une appréciation plus libérale de la « normalité » d'une opération entraînant, objectivement, un avantage pour autrui, soit possible. Leur commun rattachement à un ensemble plus vaste d'entreprises, leur soumission à un intérêt de groupe et les avantages divers résultant de leur intégration ne paraissent pas pris en considération (89). Il est d'ailleurs douteux qu'ils le soient un jour s'ils sont invoqués à l'encontre des intérêts du fisc, qui ne peut, en principe, faire valoir ses droits que sur les bénéfices réalisés individuellement par chacun des membres.

391. — Toutefois, le Conseil d'État ne relève pas toujours explicitement que l'opération a servi les intérêts exclusifs des dirigeants sociaux, à travers la société cocontractante, bénéficiaire de l'opération (90). Dès lors,

(87) Pour un exemple, v. CE, 16.01.1980, req. 6602, « Droit fiscal » 1980, comm. 1455 ; sol. a contrario : « que, contrairement à ce que soutient l'administration, il ne ressort pas du dossier que l'ensemble des opérations ci-dessus relatées, y compris les avances litigieuses, si elles se sont avérées en fin de compte malheureuses, aient été conduites par A., P.D.G. et détenteur de la quasi-totalité du capital de la société requérante, dans son intérêt personnel plutôt que dans celui de la société ; qu'il résulte de tout ce qui précède qu'elles ne sont pas étrangères à une gestion commerciale normale ».

(88) En ce sens, DELMAS-MARSALET, concl. précit. ; HAGELSTEEN, « Les relations commerciales normales entre les entreprises », Rev. jur. fiscale, mai 1978, p. 149.

(89) Pour un exemple topique, v. CE 15 février 1978, req. 4413, Lebon 77. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur cette affaire par la suite. V. égal. CE 12.07.1978, Req. 2138 et 2769, Droit fiscal, 1978, n° 42, comm. 1952 ; Rev. soc. 1978, 792, note BLANCHER.

(90) Mais, on peut néanmoins le déduire généralement des motifs de ses arrêts, lorsque l'opération litigieuse met en rapport des sociétés relevant d'un même groupe.

le contrôle du juge ne risque-t-il pas de glisser sur le terrain de l'opportunité de l'acte accompli ? Il semble qu'il n'en soit rien. En effet, vérifiant toujours, comme il le fait, l'existence d'un lien immédiat, d'ordre juridique ou commercial, entre l'entreprise « appauvrie » et celle qui a été avantagée, le Conseil d'État évite toute investigation relative à la qualité de la gestion. De fait, il s'agit de circonstances objectives, assez facilement décelables, qui n'obligent le juge à aucune immixtion dans la gestion. Et si la société redressée, à qui l'administration opposera le défaut de tout lien juridique ou commercial, persiste à faire valoir qu'il allait de son intérêt de réaliser l'acte litigieux, c'est à elle qu'il reviendra d'en démontrer l'intérêt pour son exploitation. On le vérifiera en examinant le problème très délicat de la preuve de l'avantage anormal.

B - PREUVE DE L'AVANTAGE ANORMAL

392. — Même si l'opération entraîne à l'évidence une sortie de bénéfices du patrimoine de la prêteuse au profit d'une emprunteuse déficitaire, la volonté de faire échapper une matière imposable à l'impôt ne peut être présumée lorsque les sociétés en cause se trouvent toutes deux situées en France (91). Le fisc devra, en principe, démontrer que l'acte est étranger à une gestion commerciale normale et, par conséquent, que l'avantage consenti est contraire à l'intérêt social. En revanche, lorsque la société favorisée a son siège à l'étranger et qu'il existe une relation de dépendance avec la société redressée, le fisc est dispensé de cette preuve car le résultat illicite recherché, le transfert de bénéfices, est légalement présumé. A côté d'une solution de principe, il existe ainsi une présomption légale du transfert de bénéfices.

1 - La solution de principe

Il convient d'examiner successivement le problème du fardeau de la preuve et de l'objet de celle-ci.

a) La charge de la preuve

393. — En toute raison, il serait logique que le fisc, qui conteste l'opération, rapportât la preuve que le prêt ou l'avance entraîne une charge ou un manque à gagner pour l'entreprise que ne compense aucun intérêt d'exploitation. Dès lors, à supposer établi que les profits aient été diminués ou les charges augmentées par suite de la réalisation de l'opération attaquée,

(91) En ce sens, voir CE 7 juillet 1958, req. 35977 précité ; 15 mai 1961, req. 49799 précité ; 21 décembre 1964, Droit fiscal, 1968, n° 17 bis, 241, concl. com. du gouv. Martin ; adde : JADAUD, « L'impôt et les groupes de sociétés », Éd. Berger-Levrault, 1970, préf. MEHL et PLAISANT, p. 305, n° 312.

ce qui découle habituellement d'un simple examen comptable, il appartiendrait à l'administration de démontrer que la société prêteuse ne pouvait trouver aucun intérêt, ou un intérêt notablement insuffisant, à avantager, comme elle l'a fait, l'emprunteuse. Or, une telle preuve, sauf circonstances particulières (92), est par définition difficile puisqu'elle porte sur un fait négatif.

C'est pourquoi le Conseil d'État semble se contenter de mettre à la charge du service la preuve que les sociétés en cause « étaient juridiquement étrangères » l'une de l'autre et n'entretenaient « aucune relation commerciale » (93). Si tel est bien le cas, tout se passe comme si la jurisprudence renversait la charge de la preuve : c'est à la société qu'il incombe alors de démontrer l'intérêt qu'elle pouvait trouver à l'opération (94). La solution est rationnelle car il est inutile de déterminer le mobile précis poursuivi par les organes de la société prêteuse lorsqu'il est certain que l'opération ne s'inspire pas des intérêts de cette dernière. Or, cela est sûr lorsque les parties à l'opération financière n'ont pas d'intérêts communs et que la société redressée, principale intéressée pourtant, ne réussit pas à justifier de l'avantage qu'elle poursuivait. Mais que devra précisément démontrer chacune des parties à l'instance ? C'est là le problème de l'objet de la preuve dont l'examen montrera combien le système probatoire retenu par le Conseil d'État peut être favorable aux véritables groupes économiques au sein desquels interviennent de nombreux transferts d'actifs. De tels groupes rassemblent, en effet, des sociétés qui sont naturellement intéressées à la bonne marche des unes et des autres, soit parce que leurs activités sont commercialement interdépendantes, soit parce que certaines sociétés ont engagé d'importants capitaux dans d'autres qu'elles contrôlent.

b) L'objet de la preuve

394. — La normalité peut d'abord se déduire de ce que la société prêteuse a un intérêt commercial à la bonne marche des affaires de l'emprunteuse, de sorte que l'avance litigieuse a servi l'intérêt commun des

(92) Ainsi, s'il apparaît que les dirigeants sociaux ont cherché à satisfaire un intérêt personnel, direct ou indirect, à travers l'opération qui a été préjudiciable à la société, la preuve pourra être facilitée par la condamnation des dirigeants pour abus des biens sociaux. On ajoutera à cet égard qu'une relaxe ne peut être utilement invoquée, pour autant que l'élément matériel de l'infraction n'est pas en cause dans le procès fiscal : CE 7 novembre 1979, 6188, précit.

(93) V. not. CE 14 mai 1980, req. 9259, précit. ; 7 février 1979, req. 8475, précit. ; 6 juillet 1979, req. 9258, précit.

(94) CE 4 décembre 1974, req. 92009, rev. jur. fiscale 2/1975, p. 65 ; Droit fiscal, 1975, n° 2, p. 674, concl. SCHMELTZ ; 12 juillet 1978, req. 2138 et 2869, rev. jur. fiscale 10/1978, p. 283 ; 6 juillet 1979, req. 9258, précit. ; CE 29 juin 1981, req. 15950, 15951, 15952 et 15953, Rev. jur. fisc. 10/1981, 465 : réintégration du montant des pertes résultant d'avances consenties gratuitement et sans délai de remboursement au motif que la société emprunteuse était « juridiquement étrangère » à la société prêteuse, celle-ci n'étant point parvenue à établir l'intérêt commercial dont elle alléguait la recherche et qui était contesté par l'administration.

sociétés en présence. Les illustrations jurisprudentielles de cette proposition sont assez nombreuses, d'autant que l'existence d'un intérêt commercial entre les sociétés n'implique pas nécessairement qu'elles se trouvent incluses dans un même groupe. Cet intérêt peut être direct et résulter notamment de la complémentarité des objets statutaires des sociétés prêteuse et emprunteuse, soit par leur nature (95), soit par le fait de liens commerciaux noués entre les deux entreprises (96). En pareille hypothèse, l'activité de cette dernière est certainement utile, voire nécessaire à la première ; elle peut y trouver soit un client chargé d'écouler des produits de sa fabrication (97), soit un fournisseur lui assurant la régularité de ses approvisionnements (98).

Mais un intérêt commun peut exister, même si les objets ne sont pas interdépendants mais identiques : ainsi, les prêts et avances octroyés peuvent avoir pour but de développer conjointement l'activité des deux entreprises si elles sont tributaires des mêmes circuits de distribution (99), d'une même publicité (100), voire d'une même image de marque. Cette dernière hypothèse a donné lieu à un arrêt du Conseil d'État en date du 6 février 1970 (101). En l'espèce, l'actionnaire principal d'une société de haute couture détenait également la majorité du capital d'une société de parfums. Celle-ci prit un essor rapide alors que se dégradait la situation de la première société. Il apparaissait cependant que la survie de la maison de haute couture et le maintien du prestige attaché à sa marque étaient nécessaires au renom et à la diffusion des parfums. L'existence d'un intérêt commercial qu'il y avait pour la société de parfums à financer la maison de couture en difficulté s'imposait avec évidence et le Conseil d'État reconnut aux subventions versées le caractère de charges de gestion normale.

Dans tous les cas relevés, des liens commerciaux existaient directement entre les parties, et la société prêteuse pouvait personnellement trouver avantage à prêter des fonds à la société emprunteuse. Dans de telles conditions, les sociétés ne sont plus, en effet, « étrangères » l'une à l'autre mais exercent, à un titre quelconque, une activité utile à la bonne marche des affaires de l'autre. Une politique de soutien apparaît alors parfaitement justifiée.

(95) «... La société requérante, qui exerçait... une activité de commissionnaire en produits pétroliers ainsi que de distributeur tant auprès des pompistes indépendants qu'au moyen d'une quinzaine de stations-service dont elle était propriétaire, **était normalement conduite à s'intéresser à l'activité de la société Y** spécialisée dans la confection et la vente de bouteilles de gaz butane... » (CE, 16 janvier 1980, req. 6602, précit. ; provision couvrant le risque de non-recouvrement d'avances faites par une société à une autre).

(96) Voir concl. com. gouv. POUSSIERE, sous CE 7 novembre 1963, req. 57183, Droit fiscal, 1964, n° 12, doctr.

(97) CE 27 décembre 1937, Lebon, 1937, 1095 (2^{ème} esp.).

(98) CE 16 juin 1947, req. 72560, Lebon, 1947, p. 269.

(99) CE 27 avril 1964, req. 55733, « Droit fiscal » 1967, n° 18, comm. 76.

(100) CE 26 janvier 1965, req. 62788, « Droit fiscal » 1970, n° 3 bis, comm. 25.

(101) CE 6 février 1970, req. 71851, « Droit fiscal » 1970, comm. 536, concl. com. du gouv. DELMAS-MARSALET.

395. — Mais, par un arrêt récent (102), le Conseil d'État a adopté une solution apparemment plus rigoureuse. En l'espèce, une S.a.r.l. appartenait à un vaste groupe international de sociétés dont les activités étaient étroitement complémentaires économiquement. Deux séries d'opérations étaient contestées par le fisc. D'abord, la S.a.r.l. avait consenti à la société financière du groupe des prêts à un taux inférieur à ceux de ses propres emprunts. Ensuite, la société avait directement consenti des avances sans intérêt à une société sœur américaine dont l'activité, qui favorisait le développement des exportations du groupe vers les États-Unis, lui était indirectement profitable comme elle l'était à toute autre société du groupe. Le Conseil d'État s'est, dans l'une et l'autre hypothèse, en l'absence établie de liens d'intérêt de caractère juridique ou commercial, rattachant directement les sociétés prêteuse et emprunteuse, attaché à la valeur de la contrepartie.

En premier lieu, il a considéré :

« que, s'il est vrai que son rôle (celui de la société financière emprunteuse) a été celui d'un "régulateur de financement" à l'intérieur de l'ensemble industriel et commercial formé par la société requérante et par de nombreuses autres sociétés contrôlées comme elle par les mêmes personnes, et qu'elle a rempli ce rôle en utilisant notamment la trésorerie procurée par les avances de la société, **l'ensemble de ces opérations a pu faciliter l'exploitation des sociétés emprunteuses et procurer ainsi des avantages à ces sociétés et, à travers elles, à leurs associés ou actionnaires, mais n'a pu apporter à la société requérante elle-même que des avantages minimes** : que ceux-ci peuvent être réputés avoir été largement pris en compte par l'administration dès lors que la réintégration litigieuse implique que le taux d'intérêt normalement dû à la société requérante aurait été de 4,50 % seulement en 1965 et de 3,60 % seulement les années suivantes, c'est-à-dire des taux notablement inférieurs à ceux du marché à l'époque ».

Une contrepartie lointaine, détachée des relations bilatérales entretenues entre les sociétés prêteuse et emprunteuse, est ainsi insuffisante pour justifier l'avantage consenti, en l'espèce des taux d'intérêt accordés par la S.a.r.l. nettement inférieurs à ceux qu'elle devait acquitter pour assurer son propre financement auprès des banques. L'idée est réaffirmée plus loin, à l'occasion de la seconde série d'opérations querellées :

« cons. que, s'il est vrai que l'activité de commercialisation qui était celle de la société américaine a pu faciliter le développement des exportations aux États-Unis des produits du groupe et si, de ce fait, l'aide de la trésorerie fournie par la société requérante n'était pas dépourvue de toute contrepartie, **cette contrepartie n'était pas, pour la société requérante, envisagée isolément, à tel point importante qu'elle justifiât normalement la renonciation à tout intérêt sur les sommes avancées** : que l'administration a fait une juste appréciation de la situation et des relations normales des deux sociétés en

(102) CE 15 février 1978, req. 4413, précit.

estimant que la société américaine aurait dû acquitter des intérêts au taux de 3,60 %, taux inférieur de moitié environ à celui du marché et correspondant à celui qui était précisément pratiqué à la même époque par la « société financière Y... » pour les avances faites par elle aux sociétés françaises du « groupe X... ».

396. — Cet arrêt consacre une idée nouvelle et une jurisprudence ancienne. Il indique, en effet, très clairement que même si les relations des parties à l'opération financière ne sont pas directes de telle sorte que la société prêteuse ne peut s'attendre qu'à recueillir une part de l'avantage global qu'offre pour l'ensemble du groupe l'activité de la société emprunteuse, les taux d'intérêt, quoique très inférieurs à ceux du marché, ne sont pas « anormaux » s'il existe une égalité des taux en usage dans le groupe (103). Les taux peuvent être portés à un niveau « hors marché » s'ils sont identiques entre eux pour une catégorie donnée d'opérations. L'idée est intéressante car la notion de « normalité-égalité » déjà proposée pour l'appréciation de l'élément « conditions normales » dans le cadre de l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966 (104), semble promise à un succès certain dans les groupes de sociétés. Bon nombre d'opérations accomplies entre des sociétés sans lien juridique ou économique direct, ce qui est fréquent dans les groupes de grande envergure, pourront ainsi être « normalisées ». Mais, l'arrêt se rattache aussi à une jurisprudence ancienne par la méfiance dont il témoigne envers l'opération lorsque celle-ci est conclue entre sociétés sœurs n'ayant en commun que l'associé majoritaire (105), car elles restent alors « juridiquement étrangères » l'une vis-à-vis de l'autre. De fait, la position du Conseil d'État est incomparablement plus favorable lorsque la société prêteuse possède la qualité de société mère par rapport à la société emprunteuse.

(103) V. M.D. HAGELSTEEN, chr. précit., rev. jur. fiscale, mai 1978, p. 147.

(104) V. supra, n° 243.

(105) « Considérant que la société financière Y... bien que la quasi-totalité de son capital appartienne aux associés de la société requérante, est juridiquement indépendante de celle-ci et ne peut être regardée comme une filiale à laquelle sa société-mère apporterait son appui ». Adde : CE 12.07.1978, Req. 2138 et 2769, précit. : « pour justifier ces avantages (subventions d'équilibre, avances sans intérêts, livraisons gratuites de marchandises), la société X... se borne à soutenir, d'une part, que les sociétés qui en ont bénéficié étaient, au cours de la période litigieuse, comme la société Y elle-même, ses filiales et que l'ensemble de ces sociétés avaient ainsi, directement ou indirectement, le même actionnaire majoritaire, et, d'autre part, que le groupe ainsi constitué avait un intérêt économique à ce que lesdits avantages soient consentis ; mais que ces circonstances ne justifient pas les avantages consentis par la société Y... ». (Cette dernière, depuis absorbée par sa société-mère X, avait consenti les avantages incriminés à des sociétés sœurs ; dès lors, bien que filiales d'une même mère — la société X —, les sociétés, appauvries et bénéficiaires, n'en restaient pas moins juridiquement étrangères l'une vis-à-vis des autres).

397. — Lorsque le prêt ou l'avance est consenti par une société mère française à une filiale (106), également française, tout se passe comme si la jurisprudence présumait l'intérêt de la première au bon fonctionnement de la deuxième. « Traditionnellement, écrit Madame HAGELSTEEN, Maître des Requêtes au Conseil d'État (107), il est admis qu'une société mère agit dans son propre intérêt en apportant une aide à fonds perdus à une filiale en difficulté ; on admet qu'en agissant ainsi, elle cherche à sauvegarder son propre renom » (108). Sans même que la filiale soit en difficulté et que l'aide soit dispensée « à fonds perdus », il est en tout état de cause certain que la preuve mise à la charge de l'administration sera plus difficile que dans l'hypothèse où les sociétés en présence sont restées complètement étrangères l'une à l'autre, en tant que personnes juridiques distinctes. Un arrêt du Conseil d'État (109) retient l'attention, à cet égard, en ce qu'il permet de comparer ces deux types de situations affectant une même société prêteuse. En l'espèce, les sociétés prêteuse et emprunteuse étaient restées jusqu'à une certaine date complètement étrangères l'une à l'autre. D'autre part, leurs champs d'activités professionnelles ne se rejoignaient en aucune manière ; d'autre part, l'une n'avait aucune participation au capital de l'autre : il en a été déduit que les intérêts non perçus devaient être réintégrés aux motifs que la société prêteuse n'avait ni « intérêt économique », ni « intérêt financier » à aider ladite société. Ensuite, la prêteuse prit une participation dans le capital de l'emprunteuse. Le Conseil d'État en a implicitement inféré qu'elle avait alors intérêt à soutenir sa filiale. Il est même allé plus loin dans un arrêt du 10 janvier 1973 (110) en donnant, en quelque sorte, un caractère « rétroactif », sur le plan fiscal, à la prise de contrôle. Il s'agissait d'avances gratuites (mais fort onéreuses pour la société prêteuse en raison des frais financiers supportés par celle-ci pour se procurer les fonds destinés à l'opération) consenties entre sociétés qu'aucun lien de participation ne rapprochait à la date du financement litigieux. Le Conseil d'État a néanmoins jugé qu'il s'agissait d'opérations relevant d'une gestion normale car certains éléments

(106) Le Conseil d'État n'a jamais défini avec précision les termes de société-mère et de filiale. S'il est certain qu'à ses yeux, une participation financière est nécessaire, liant directement les sociétés, la Haute Assemblée parle souvent de filiale sans autre précision (cf. M^{me} HAGELSTEEN, *chr. précit.*, p. 147 et *réf. cit.* pour laquelle le taux de 10 %, qui donne également droit au régime des sociétés-mères et constitue, aux termes de l'art. 39-1-5^o CGI, l'un des critères pour distinguer les titres de participation des titres de placement, constitue « le seuil minimum en deçà duquel on ne peut pas admettre l'existence d'un groupe » ; Comp. J.F. PICARD, *art. précit.*, *spéc.*, p. 328 : « Il semble donc que le Conseil d'État réclame au moins une participation majoritaire... »).

(107) M.D. HAGELSTEEN, *op. et loc. cit.* ; v. égal. les *réf. cit.* par cet auteur.

(108) Cf. CE Plén. 20.11.1974, Req. 85191, *Droit fiscal*, 1975, n^o 1, p. 21 ; 24.02.1978, Req. 2372, *Rev. jur. fiscale* 4/1978, n^o 161 ; 5.07.1978, Req. 7717, *rev. jur. fiscale* 10/1978, p. 285 ; 12.07.1978, Req. 2138 et 2769, *Rev. jur. fiscale* 10/1978, p. 285.

(109) CE 29 mai 1970, req. 67221, 67529 et 74113, *Droit fiscal*, 1971, comm. 954, concl. com. du gouv. MEHL.

(110) CE 10 janvier 1979, req. 79312, *Droit fiscal*, 1974, n^o 8, comm. 223.

concordants traduisaient en l'espèce l'intention de la société prêteuse de prendre, à brève échéance, le contrôle de l'emprunteuse.

En réalité, le juge de l'impôt paraît exiger de l'administration qu'elle démontre que la société-mère n'avait pas pour objectif, en prêtant gratuitement des fonds, propres ou grevés d'une charge d'emprunt, de consolider la situation ou d'aider au développement de sa filiale (111).

En revanche, le droit positif est infiniment plus sévère lorsque l'une des sociétés, prêteuse ou emprunteuse, est en rapport de filiation avec l'autre et se trouve située à l'étranger : à la gratuité de l'opération est alors attachée une présomption légale de transfert des bénéfices à l'étranger.

2 - La présomption légale de transfert de bénéfices

398. — Aux termes de l'article 57 CGI, «pour l'établissement de l'impôt... dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France (112), les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France. A défaut d'éléments précis pour opérer les redressements prévus à l'alinéa précédent, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement ». Or, parmi les « autres moyens » permettant un transfert indirect de bénéfices, la Direction Générale des Impôts (113) range notamment les prêts accordés sans intérêt ou moyennant un intérêt trop faible (114) ainsi que les remises de dette résultant d'une renonciation aux intérêts stipulés dans le contrat de prêt.

(111) CE 7 juillet 1958, req. 35977, Droit fiscal 1958, n° 44, comm. 938 ; 15 mai 1961, req. 49799, Droit fiscal 1961, n° 27, comm. 624 ; 14 juin 1963, req. 57457, Lebon, 371 ; Droit fiscal 1963 (n° 31-36, comm. 761), 1964 (n° 48 bis, comm. 139) ; 22 janvier 1965, Droit fiscal 1970, n° 3 bis, comm. 20.

(112) L'article 72-II du projet de loi de finances pour 1982 (« Droit fiscal », 1981, n° 44, p. 1257) prévoit un deuxième alinéa de l'article 57 CGI qui supprime l'exigence de la condition de dépendance ou de contrôle lorsque l'entreprise étrangère, partenaire de l'entreprise française vérifiée, est située dans un « paradis fiscal » (« État étranger ou territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A CGI »).

(113) Note DGI du 4 mai 1973, Droit fiscal, 28 mai 1973, n° 22, II^e partie, 4208.

(114) Il s'agit bien, en effet, d'un moyen anormal de faire valoir l'actif social, susceptible, comme une diminution du prix de vente ou une sous-facturation du service rendu, de constituer un transfert de profit fictif prévu par l'art. 57 CGI. Le système fondé sur un transfert indirect de bénéfice paraît cependant, en cette hypothèse, bien artificiel : aucun profit n'est né chez le prêteur, tout au plus un manque à gagner qui avantage la société emprunteuse à concurrence de la renonciation à un intérêt « normal ». Si profit il y a, celui-ci existe immédiatement pour l'emprunteur et ne lui est nullement transféré, même indirectement. On pourra également considérer, semble-t-il, comme un procédé indirect de transfert de profit, la stipulation d'intérêts trop élevés versés à une société apparentée étrangère, en position de prêteuse, de même que, par argument a fortiori, les abandons de créance décidés au profit de la société étrangère.

399. — Mais le caractère déséquilibré ou lésionnaire de l'opération devra être établi par l'administration fiscale (115) : à elle de démontrer l'existence et le montant de l'avantage qu'elle conteste (116). De même, elle devra prouver les rapports de dépendance existant entre les sociétés prêteuse et emprunteuse (117) (118).

Néanmoins, pourvu que ces éléments soient établis, on s'accorde à reconnaître dans l'article 57, une présomption de transfert de bénéfices (119) qui dispense le fisc de démontrer le défaut de liens d'intérêt entre les sociétés en présence, qu'ils soient de nature juridique ou commerciale. L'absence de rémunération du prêteur, l'anomalie du taux, l'abandon de la créance de prêt permettent de présumer la négation de l'intérêt de l'exploitation, lorsque l'opération est faite entre sociétés dépendantes dont l'une se trouve à l'étranger et qu'elle « appauvrit » l'entreprise française. Elle atteste, en effet, à travers la fiction légale d'un transfert présumé de matière imposable à l'étranger, de la recherche d'un objectif considéré comme nécessairement opposé à l'intérêt de l'exploitation française.

(115) « Il n'en est autrement que si, la commission consultative départementale ayant été consultée et l'imposition établie en conformité avec l'avis émis par ladite commission, le fardeau de la preuve se trouve déplacé, le contribuable ayant dans ce cas à établir l'inexistence de tels avantages ». (CE 13 avril 1964, req. 56173, « Droit fiscal » 1964, n° 21-22, comm. 647).

(116) V. B. JADAUD, *op. cit.*, p. 309 et s. ; C. PENNERA, *art. cit.*, n° 25.

(117) Ce lien de dépendance peut être juridique : détention soit d'une part prépondérante du capital, soit de la majorité absolue des droits de vote, soit encore de l'exercice, direct ou par personne interposée, du pouvoir de direction sur l'autre entreprise... Il peut aussi résulter de l'état de sujétion qu'implique la conclusion de certains contrats. Ainsi, l'octroi d'avances importantes peut également contribuer à établir une dépendance de fait : CE 3 août 1942, req. 65810 (R.O. p. 177). L'article 57 vise également les rapports entre sociétés sœurs (v. note D.G.I. 4 mai 1973, précit. ; JADAUD, *op. cit.*, p. 267 et s.).

(118) Mais la démonstration du lien de dépendance demeurant difficile dans bien des cas, l'article 14 de la loi de finances pour 1974, devenu l'article 238 A CGI (v. sur ce point, C. PENNERA, « Les sociétés relais et l'évasion fiscale internationale », JCP 1974, CI, 11315, n° 20), est intervenu pour écarter l'exigence de cette preuve. Ce texte dispose notamment que « les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements visés aux articles 120-6° et 124 du CGI... payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée en France, à des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré ». On constate cependant que la présomption de transfert de bénéfices posée par l'art. 238 A CGI n'a vocation, en matière de prêts inter-groupe, à s'appliquer qu'aux hypothèses de déduction induite d'intérêts trop élevés versés à une prêteuse étrangère. Les autres situations de prêts ou avances camouflant ou permettant un tel transfert (gratuité, abandon de créance...) ne sont pas envisagées par ce texte.

(119) La jurisprudence est abondante en ce sens ; voir plus particulièrement : CE 7 juillet 1958, req. 35977, précité ; 14 juin 1963, req. 57457, Lebon 1963, p. 371, *Droit fiscal* 1963, n° 31-36, comm. 761 ; 21 décembre 1964, req. 54142 et 56200, *Droit fiscal*, 1965, n° 6, comm. 177 ; 23 février 1966, req. 64449, *Droit fiscal*, 1966, n° 12, comm. 319 et 325.

400. — C'est bien, en effet, la lésion de cet intérêt qui est présumée, la présomption de transfert de bénéfices permettant commodément d'isoler le mobile particulier, « hors exploitation », que les dirigeants sociaux sont censés satisfaire. Cela est si vrai que si l'entreprise française redressée entend renverser la présomption, celle-ci supportant, en effet, la preuve contraire (120), elle devra établir que l'opération, apparemment anormale, répondait à des nécessités commerciales réelles. L'absence de transfert de bénéfices ne pourra être admise que si la perte ou le manque à gagner accepté par l'entreprise représentait le prix de la satisfaction d'un intérêt d'exploitation qu'il faudra bien évidemment définir, pour le justifier, devant le juge de l'impôt. La balance des avantages et des inconvénients retirés de l'opération par la société prêteuse, présumée défavorable à cette dernière par la loi, pourra alors redevenir positive. La preuve devra être fournie que l'avantage accordé à l'entreprise étrangère apparentée ne représentait nullement un transfert de bénéfices mais la contrepartie d'un service rendu, ou plus généralement, d'un avantage que celle-ci était susceptible de lui procurer.

Le transfert sert, en effet, indéniablement les intérêts de la société qui l'effectue s'il doit lui permettre de l'enrichir (121). Mais le Conseil d'État n'exige pas pour autant nécessairement la recherche par l'entreprise d'un gain positif ; il se contente de cette justification que l'opération anormale a eu pour objet d'éviter une perte moins importante que celle probablement encourue en l'absence de l'aide reprochée (122).

(120) Voir not. « Les prêts sans intérêts consentis par une entreprise », *Revue Fiduciaire*, mai 1971, n° 516, p. 3 et s. ; X. « Transferts indirects de bénéfices à l'étranger entre sociétés dépendantes », *juriscl. soc.* 200-5 ter, n° 38 : « l'entreprise française a bien entendu la faculté d'apporter la preuve contraire en établissant que l'opération apparemment anormale est en réalité justifiée par les nécessités de l'exploitation ».

(121) La société intéressée « ne saurait combattre la présomption résultant du texte précité (l'article 57 CGI) qu'en apportant la preuve que les pertes de recettes qu'elle subit en consentant (à ses filiales étrangères) des prêts sans intérêt sont **compensées et au-delà par un accroissement général de ses autres recettes en France** dû à cette libéralité apparente » (CE 19 juin 1963, précité ; pour une application, v. CE 30 octobre 1963, req. 50220, *Droit fiscal* 1963, comm. 1064, qui écarte la présomption de l'art. 57 en relevant que « les bénéfices supplémentaires réalisés de ce fait (une rétrocession par la société étrangère d'une fraction de ses recettes d'exploitation plus élevée à la moyenne habituellement pratiquée dans la profession, consécutive à « l'avantage exporté », savoir une facturation de travaux au prix coûtant) par la société française étaient supérieurs aux avantages qu'elle avait consentis à la société étrangère ». Logique par rapport à la finalité de l'article 57, la motivation de l'arrêt du 14 juin 1963 peut cependant être discutée en ce qu'elle paraît trop restrictive : l'intérêt de l'entreprise ne se limite pas à ses exploitations françaises et la renonciation à un profit ne devrait pas non plus tomber sous le coup du texte suscité si elle a permis le redressement d'une filiale étrangère dont la ruine, sinon inéluctable, aurait entravé la poursuite de ses activités commerciales dans le pays où cette filiale était implantée (en ce sens, v. CE 13 janvier 1967, req. 68139, *Droit fiscal* 1967, n° 7, comm. 199).

(122) Le Conseil d'État a ainsi décidé que des prêts sans intérêts consentis à ses filiales étrangères par une société française ne constituaient pas des transferts indirects de bénéfice dans la mesure où la dernière société leur avait accordé préalablement sa caution, ce qui compte tenu de la situation difficile des entreprises bénéficiaires, aurait pu occasionner une perte plus importante que le montant des intérêts auxquels elle avait renoncé (CE 13 janvier 1967,

401. — Mais l'article 57 ne permet pas seulement d'atteindre la fuite devant l'impôt français et la forme d'évasion fiscale par abstention que constitue la renonciation à un taux d'intérêt normal. En effet, il permet également de combattre des montages juridiques destinés à dissimuler des transferts de bénéfices « purs » : ainsi des prêts qui, en apparence, seraient consentis sous des formes régulières et à des conditions équilibrées mais qui auraient été suivis d'un abandon, total ou partiel, de créance par la société « prêteuse ». On peut remarquer qu'en pareille hypothèse, le fisc n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une simulation, c'est-à-dire l'intention des parties de mettre à l'abri une matière normalement imposable en France et leur refus de se comporter, en fait, comme des emprunteur et prêteur véritables. Il est, en effet, inutile de démontrer la discordance entre la situation réelle des parties et celle qu'elles révèlent au fisc puisque l'article 57 vise directement le résultat économique recherché — le transfert de bénéfice — peu important les actes juridiques permettant de l'atteindre.

Ainsi donc, toute combinaison, même la plus habile, en vue de déterminer une voie, non ou moins imposée, sera inopérante dans le domaine d'application de l'article 57 CGI. Elle ne saurait faire échapper les prêts relevant d'une gestion anormale aux sanctions frappant les transferts occultes de bénéfices.

C - LA SANCTION DES PRÊTS ET AVANCES RELEVANT D'UNE GESTION ANORMALE

402. — La sanction de l'avantage anormal accordé par le prêteur à l'emprunteur et réalisant, en fait, un transfert des bénéfices du premier au second, peut d'abord consister dans la réintégration des charges indûment déduites : remise de dette, pertes enregistrées ou constitution de provisions pour risque d'insolvabilité lorsque l'opération financière originaire présente un caractère anormal.

Beaucoup plus délicate est la difficulté lorsque l'anomalie que l'on entend sanctionner résulte d'une renonciation à un intérêt. Selon l'administration fiscale, la sanction logique doit être la réintégration aux bénéfices imposables de la société prêteuse, d'une somme représentant fictivement les intérêts auxquels celle-ci a renoncé. Mais le principe d'une telle réintégration est loin d'être évident et les opinions paraissent fort partagées. Il

req. 68139, précité). La Haute Assemblée a également jugé qu'une société-mère française, en abandonnant la créance qu'elle détenait sur une filiale allemande, devait être regardée comme ayant agi dans le cadre d'une gestion commerciale normale et comme n'ayant pas procédé à un transfert de bénéfice à l'étranger, au sens de l'art. 57 CGI, dès lors que la filiale bénéficiaire se trouvait dans une situation financière difficile et qu'il était dans l'intérêt de la société française de chercher à éviter un dépôt de bilan de sa filiale qui aurait risqué de porter atteinte à son crédit et, surtout, n'aurait pas manqué d'entraver la poursuite de ses activités commerciales en Allemagne dont sa filiale était un instrument (CE 27.11.1981, Req. 16814).

convient ainsi d'examiner, au préalable, le bien fondé de la réintégration d'un intérêt fictif, avant d'en étudier la mesure, ce qui suscitera de nouvelles difficultés.

1 - Le bien fondé de la réintégration d'un intérêt fictif

403. — La renonciation à un intérêt se traduisant simplement par l'acceptation d'un manque à gagner, d'aucuns s'opposent à tout redressement de ce chef. Il est d'abord invoqué la liberté des dirigeants de gérer comme bon leur semble la chose sociale (123) : on ne saurait les contraindre à réaliser un gain lorsque cela est jugé inopportun par eux. L'argument a une portée très générale. Il est, en effet, tout à fait exact que ni l'administration ni le juge, tiers irresponsables et critiquant rétrospectivement les décisions du contribuable, n'ont à apprécier la qualité de la gestion. L'idée n'a cependant aucune place ici : le fisc entend, en effet, sanctionner une anomalie déjà constatée, par un procédé adéquat. Il ne prétend nullement définir l'anomalie en imposant un taux d'intérêt à l'entreprise prêteuse.

Par hypothèse, les dirigeants de la société prêteuse ont abusé de leur faculté de gérer librement les actifs sociaux puisque l'opération ne répond à aucun intérêt d'exploitation et présente, en cela, un caractère anormal. C'est bien sur le terrain de la sanction de l'anomalie que l'on se place à présent, non sur celui de sa définition ou de ses critères. C'est déjà une raison suffisante pour sanctionner la gratuité anormale acceptée pour des motifs étrangers aux intérêts de l'entreprise, par la réintégration d'un intérêt fictif. Comment, en effet, pourrait-on la sanctionner autrement ?

404. — Mais, à l'encontre de cette opinion, est avancé un deuxième argument, directement inspiré de la technique fiscale. L'article 38-1^o CGI détermine uniquement le bénéfice imposable par comparaison de deux bilans, celui qui ouvre et celui qui ferme l'exercice. Dès lors, il ne serait pas, en principe, possible de retenir comme éléments du bénéfice imposable, des valeurs qui ne se trouvent pas comptabilisées au bilan, tels les manques à gagner résultant d'avances sans intérêt (124). L'objection est impressionnante car elle n'empêche pas de sanctionner la gratuité anormale dans les cas fréquents où le prêt sans intérêt a été consenti sur des capitaux eux-mêmes grevés d'une charge d'emprunt. On admet, en effet, alors la réintégration aux résultats des frais financiers, éléments évidemment apparents en comptabilité, engagés par la société prêteuse.

Cette analyse paraît, en outre, rejoindre la position du Conseil d'État qui a, dans son arrêt du 7 novembre 1963 (125), écarté toute réintégration d'un

(123) En ce sens, PASTRE, *op. cit.*, p. 363.

(124) Concl. comm. du gouv. POUSSIERE, CE 7 novembre 1963, req. 57183, « Droit fiscal » 1964, n^o 12, doct. : « Des sommes fictives, écrit M. POUSSIERE, ne donnent pas la mesure d'un bénéfice réel... elles ne doivent pas être ajoutées à celui-ci ».

(125) Arrêt précité.

intérêt fictif correspondant à celui que le prêt aurait pu produire et limité le redressement aux seules charges financières acceptées par l'entreprise prêteuse.

405. — On ne saurait, cependant, adhérer à pareille argumentation. Elle conduit, en effet, à renoncer en tout état de cause à toute possibilité de sanctionner la gratuité effectivement anormale, dès lors que celle-ci n'a pas entraîné de charges financières pour le prêteur, l'opération ayant été réalisée sur fonds propres. Or, il est essentiel de rappeler que la gratuité, **quelle que soit l'origine des fonds**, est anormale par le simple fait qu'elle ne répond à aucune préoccupation de gestion. On peut alors parfaitement admettre qu'une entreprise puisse aider gratuitement une autre, parce qu'elle y a intérêt, tout en estimant que les emprunts par elle contractés pour se procurer des fonds, en vue de réaliser le prêt ou de remplacer l'argent dont elle s'est désaisie, soient seuls anormaux. Le défaut de perception d'intérêts peut être normal, alors que ne le serait pas l'obligation d'exposer des frais bancaires pour se pourvoir en capitaux.

C'est de cette manière, semble-t-il, qu'il convient d'interpréter l'arrêt précité du Conseil d'État du 7 novembre 1963 : celui-ci tranche en effet, au premier chef, un problème de qualification. Il considère que **l'avance gratuite n'est pas anormale mais que présente ce caractère le recours à des sources de financement externes, qu'a rendu nécessaire l'aide accordée** (126). Dès lors, pourquoi sanctionner l'anomalie par une réintégration d'intérêts fictifs alors que ce qui doit être redressé est le montant des intérêts réellement payés et déduits à tort de l'assiette imposable ?

406. — Cette compréhension de l'arrêt du 7 novembre 1963 est, en outre, la seule qui permette de surmonter l'impression de confusion apparaissant à l'examen d'autres décisions, même postérieures, par lesquelles la Haute Juridiction a décidé la réintégration de l'intérêt qui aurait pu être exigé par l'entreprise prêteuse et auquel celle-ci a renoncé. Cet abandon était alors lui-même considéré comme anormal. C'est ce qui explique qu'en pareil cas, le Conseil d'État ait admis la réintégration d'un intérêt « théorique » ou « fictif »,

(126) En ce sens, v. concl. comm. du gouv. POUSSIERE qui écrit, en ses conclusions sur l'arrêt : « eu égard à la mobilité des fonds, on peut admettre que le contribuable rende à un tiers un service gratuit en les lui prêtant sans intérêt ; le monde des affaires comporte parfois de tels actes dans une perspective de solidarité ou de réciprocité. L'acte (le prêt sans intérêt) **n'est pas anormal en soi, à condition qu'il n'entraîne pas pour l'entreprise des charges supplémentaires** ». Comp. CE 15 février 1978, req. 4413, précit. En l'espèce, ce n'est pas le fait que la S.a.r.l. a consenti à la société financière du groupe des prêts et avances à un taux inférieur à celui de ses propres emprunts de la même période, qui a été considéré comme anormal mais la circonstance que la société prêteuse ne pouvait s'attendre qu'à un avantage économique minime, qui même ajouté à l'avantage financier résultant de l'intérêt stipulé, ne lui assurait pas une contrepartie suffisante. Ce n'est donc pas l'intérêt qu'elle devait servir à ses propres créiteurs qui a été réintégré mais celui qui lui aurait été « normalement dû », compte tenu de la contrepartie économique reçue de la société financière.

que les fonds prêtés appartiennent en propre à la société créditrice (127) ou qu'ils soient grevés d'une charge d'emprunt (128) ou encore que les capitaux avancés aient été en partie disponibles, en partie empruntés (129).

On notera enfin que si la gratuité camoufle un transfert indirect de bénéfices, la réintégration de l'intérêt fictif correspondant au montant des bénéfices transférés est, comme nous l'avons déjà observé, admise sans difficultés dans le cadre de l'article 57 CGI. N'est-ce pas confirmer par là-même le bien fondé de la réintégration d'un intérêt fictif, dans la mesure où, comme nous l'avons admis, le transfert occulte de bénéfices n'est qu'une façon d'établir en quoi l'acte poursuit une finalité étrangère à l'intérêt de l'exploitation et présente dès lors un caractère anormal ?

2 - La mesure de la réintégration (130)

407. — Selon la doctrine administrative (131) « le montant de l'intérêt à réintégrer doit être apprécié dans chaque cas particulier au vu des circonstances de fait ». Il pourra donc notamment résulter de cette forme d'aveu de la société que constitue l'accomplissement, pendant la même période, d'opérations de prêts semblables à des conditions sensiblement différentes. Le taux de l'intérêt qui les rémunère, a fortiori un taux communautaire, s'il existe, et peut-être révélé à travers de nombreux actes similaires concomittants, peuvent constituer d'utiles pôles de référence et servir de mesure à une éventuelle réintégration. En l'absence de telles circonstances, l'administration fiscale estime généralement que le montant des intérêts à réintégrer, auxquels celle-ci a renoncé, se fixe en fonction du taux moyen des avances sur titres de la Banque de France (132).

(127) CE 7 janvier 1976, req. 94314.

(128) CE 29 mai 1970, req. 67221, 67529 et 74113, précités. En ce cas, tout se passe comme si le Conseil d'État sanctionnait l'anomalie la plus grave.

(129) CE 21 octobre 1970, req. 71071.

(130) Il faut remarquer que la société bénéficiaire d'un prêt sans intérêt n'a aucun droit à déduire les sommes correspondant aux intérêts fictifs qui auront le cas échéant été réintégrés dans les bénéfices imposables de la société prêteuse : la fiction ne profite qu'au fisc, l'administration invoquant à l'égard de l'emprunteur la réalité, à savoir que son actif n'a subi aucune réduction effective (rep. WASMER, J.O. 26 mars 1956, déb. A.N., p. 1965).

(131) Note DGI du 4 mai 1973, précitée.

(132) Note précitée et rep. GUILLAIN, J.O., 31 décembre 1960, déb. A.N., p. 4758. L'arbitraire du critère n'est pas à démontrer puisqu'il n'est assurément pas « normal » qu'une entreprise industrielle ou commerciale prête aux mêmes conditions de taux que la Banque de France. Les deux hypothèses ne sont nullement comparables, ne serait-ce que pour cette raison, déjà relevée, que les éventuelles défaillances des crédités auraient des incidences bien plus considérables sur l'activité, voire la survie des prêteurs, dans un cas que dans l'autre et justifieraient, à ce seul titre, une nette disparité des taux.

§ 2 — L'imposition distincte de la société emprunteuse

408. — Lorsqu'une société s'appauvrit sans aucun avantage en retour, dans le seul but d'en avantager une autre et de soustraire à l'impôt des bénéfices qui y seraient normalement soumis, le désinvestissement opéré est inopposable au fisc. Mais le fisc pourra, en outre, imposer la société cocontractante à hauteur de l'enrichissement correspondant. En effet, qu'il y ait diminution effective de l'avoir de la société prêteuse (abandon de créance ou enregistrement d'une perte) ou seulement un manque à gagner (absence d'un intérêt financier) venant restreindre l'assiette de l'I.S. par rapport à celle d'une entreprise exploitée normalement (133), le fisc peut, en principe, imposer chez la société emprunteuse le montant du prêt à titre de revenu distribué (134).

A cette fin, il dispose de deux présomptions redoutables que prévoient les articles 109-I et 111-a du Code Général des Impôts. Aux termes du premier texte, sont considérés comme des revenus distribués, d'une part, tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ; d'autre part, toutes les sommes mises à la disposition des associés et non prélevées sur les bénéfices. Cette présomption très générale ne s'applique cependant que dans les cas où il existe des bénéfices imposés à l'impôt sur les sociétés (135) et dans ceux où la présomption spéciale de l'article 111-a (136), relative aux prêts et avances consentis par une société à ses associés ne trouve pas à s'appliquer. En d'autres termes, les dispositions de l'article 109-I CGI ne régissent les prêts et avances inter-groupe que lorsque de telles opérations sont effectuées au profit de sociétés non associées dans le capital de la société prêteuse (par exemple, à une filiale ou à une société sœur) sur des fonds provenant de « bénéfices » ou de « produits » de l'exercice.

L'existence d'une double présomption de distribution instituée par le législateur invite donc à distinguer selon que le prêt ou l'avance est octroyé à une société associée ou non dans le capital de la société prêteuse.

(133) Ou même un désinvestissement parfaitement licite et normal. En effet, si un redressement des bénéfices de la société prêteuse n'est concevable que si le désinvestissement qu'elle a opéré est illicite (par exemple, recettes omises intentionnellement), irrégulier (excès d'amortissements ou de provisions, par exemple) ou simplement anormal, non justifié par les intérêts de l'exploitation, l'impôt de distribution peut, en principe, être exigé dans toutes hypothèses de désinvestissement, même parfaitement licite et normal.

(134) Le fait générateur de l'impôt étant le désinvestissement constaté chez la société prêteuse, c'est donc bien le montant intégral du prêt ou de l'avance qui fait l'objet de l'imposition et non pas seulement l'élément révélant l'anormalité de l'opération (par exemple, la gratuité donnant lieu à réintégration d'intérêts théoriques).

(135) CE 11 octobre 1961, req. 45694, « Droit fiscal », 1961, n° 43, comm. 946 ; adde : concl. com. du gouv. MEHL, sous CE 23 février 1966, req. 64449, « Droit fiscal » 1966, n° 48, doct.

(136) Selon l'article 111-a CGI, « sont considérés comme revenus distribués, sauf preuve contraire, les sommes mises à la disposition des associés, directement ou par personnes ou sociétés interposées, à titre d'avances, de prêts ou d'acomptes ».

A - LA PRÉSUMPTION GÉNÉRALE DE L'ARTICLE 109-1° PESANT SUR L'EMPRUNTEUR NON ASSOCIÉ

409. — Selon l'article 109-1°, tout bénéfice non mis en réserve ou incorporé au capital est présumé distribué, quelle que soit l'identité du bénéficiaire, associé ou non. Mais nous avons observé, compte tenu de l'existence d'un texte spécifique, l'article 111-a CGI, que l'article 109-1° ne saurait trouver à s'appliquer que dans l'hypothèse où les prêts et avances bénéficient à une société non associée dans le capital de la prêteuse, par exemple une filiale ou une société sœur de celle-ci. Pris au pied de la lettre, l'article 109-1° ne régirait que les crédits consentis sur de véritables bénéfices. Or, ceux-ci n'existent juridiquement qu'à la clôture des comptes de l'exercice. Il faudrait donc que le prêt ou l'avance soit effectué à ce moment-là, grâce aux excédents dégagés. Mais l'article 109-1° n'aurait alors qu'un domaine d'application très limité. En second lieu, ce dernier texte n'édicte rien d'autre qu'une présomption de distribution de bénéfices puisque « l'impôt de distribution » ne peut concerner que les bénéfices distribués par les sociétés soumises à l'I.S. Or, un bénéfice peut-il revenir à une autre personne qu'un associé ? L'application de celle-ci à des prêts consentis à des sociétés non associées peut donc surprendre.

Cette double difficulté n'est cependant qu'apparente. En effet, le législateur et le juge de l'impôt ont, pour la mise en œuvre de la présomption de l'article 109-1°, retenu une conception large, tant des prêts et avances opérés sur les bénéfices que des personnes susceptibles de profiter de la distribution de ceux-ci.

1 - Exigence d'un prêt effectué à l'aide des bénéfices de l'exercice

410. — Cette exigence est très formelle : il suffit que l'exercice auquel se rattache l'opération financière ait donné lieu à la réalisation de bénéfices passibles de l'I.S., dès l'origine, ou, ce qui revient au même, ait été rendu bénéficiaire par l'effet du redressement, le cas échéant effectué, correspondant à l'avantage anormal offert à la société emprunteuse. Le prêt sera alors prélevé sur des bénéfices. Cela sera d'autant plus facile que la notion de bénéfice est très large puisqu'elle est calquée sur celle retenue pour l'assiette de l'I.S. aux termes de l'article 110, alinéa 1, CGI. Elle comprend, en effet, outre les bénéfices d'exploitation proprement dits, les produits divers et revenus accessoires, les plus-values d'actif ainsi que les bénéfices exonérés d'I.S. comme, par exemple, ceux réalisés hors de France ou les produits de filiales (137). Cependant, si l'exercice de rattachement est déficitaire ou si le redressement des résultats de la société prêteuse a seulement eu pour effet d'annuler ou de réduire le déficit fiscal de celle-ci, la présomption de l'article 109-1° ne saurait s'appliquer.

(137) V. not. LE GALL, « Droit fiscal des affaires », Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 58.

411. — Sans doute, ces situations n'impliquent-elles pas que les redressements affectant des résultats d'exercices déficitaires ne peuvent jamais entraîner un rappel de l'impôt de distribution (138). Mais l'administration fiscale ne pourra plus se servir de la présomption légale. Elle devra, conformément au droit commun, rapporter la preuve que l'opération de prêt a permis une distribution, ou plus exactement un désinvestissement (139). Cette preuve découle naturellement du maintien de la présomption de transfert de bénéfices à l'étranger instituée par l'article 57 CGI lorsque la société française, auteur du transfert litigieux, n'aura pas réussi à la détruire (140). De même, procède-t-elle logiquement de la preuve préalablement faite par le fisc que l'avantage effectivement consenti à une emprunteuse française ne sert pas les intérêts de l'exploitation de la société prêteuse, également française. En pareil cas, en effet, la preuve est faite que l'enrichissement de l'emprunteur provient du désinvestissement effectif opéré par le prêteur.

2 - Indifférence de la qualité d'associé de l'emprunteur

412. — A plusieurs reprises, le Conseil d'État a décidé que les sommes versées par une société à une autre personne ne pouvaient être considérées comme des bénéfices distribués que si celle-ci avait la qualité d'associé (141). D'après le Haut Tribunal, « seules les sommes attribuées par une société à un détenteur de droits sociaux, à l'exclusion de celles remises à un tiers n'ayant pas la qualité d'associé, peuvent, eu égard aux articles 109 et suivants CGI, être le cas échéant regardées comme des bénéfices distribués » (142). Par voie de conséquence, la présomption de l'article 109-1^o ne pouvait s'appliquer aux capitaux versés par une société à sa filiale ou encore à une société sœur ne participant pas à son capital. Cette interprétation, pour logique qu'elle pouvait apparaître, ne correspondait cependant pas au texte de la loi : seul l'alinéa 2 de l'article 109-1^o se réfère expressément à la qualité d'associé du tiers, bénéficiaire des sommes transférées, mais dans l'unique hypothèse où

(138) Concl. MEHL, précit.

(139) CE, 23 février 1966, précité : « considérant que si, en l'espèce, la réintégration opérée par l'administration des sommes susmentionnées (l'intérêt non exigé pendant deux exercices consécutifs - 1957 et 1958 - par une société-mère française de sa filiale marocaine à l'occasion d'avances consenties par la première à la seconde et assorties d'un taux d'intérêt de 7 %) dans les bases de l'I.S. n'a pas permis de dégager un bénéfice imposable à ce titre, les exercices 1957 et 1958 étant restés déficitaires, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que lesdites sommes soient regardées comme passibles (de l'impôt de distribution)... **dès lors qu'il est établi** ainsi qu'il a été dit ci-dessus (la société-mère n'ayant pas réussi à se dégager de la présomption de transfert de bénéfices de l'article 57 CGI), qu'elles ont été effectivement distribuées » ; v. égal. CE 29 mai 1970, req. n° 67221, 67529 et 74113, « Droit fiscal » 1970, comm. 890.

(140) CE 23 février 1966, précit.

(141) CE 3 mai 1968, req. 70904, Lebon, p. 278 ; 29 janvier 1969, req. 72565, « Droit fiscal », 1969, n° 9, comm. 329 ; n° 24, comm. 684 ; CE 29 mai 1970, req. 67221, 67529 et 74113, « Droit fiscal » 1970, comm. 890 ; Contra : CE 23 février 1966, précité, sol. impl.

(142) CE 29 janvier 1969, précité.

celles-ci ne seraient pas prélevées sur les bénéfices. L'alinéa 1^{er}, en revanche, régit une situation différente, celle où les sommes versées sont prélevées sur les bénéfices de l'exercice mais il ne vise nullement la qualité de leur bénéficiaire, associé ou non, qui est indifférente.

C'est pourquoi, le Conseil d'État a, par deux arrêts rendus le 10 mars 1972 (143), formellement repoussé son ancienne interprétation. Dans ces espèces, il s'agissait de la réintégration dans les bénéfices soumis à l'I.S. d'une partie des frais d'emploi remboursés à un directeur commercial non associé et de la fraction, jugée excessive, du traitement versé à un Président-Directeur Général. La formulation du Conseil d'État est sans équivoque : les sommes réintégrées dans les bénéfices imposables — qui, par définition, ne sauraient être regardées comme mises en réserves ou incorporées au capital — doivent être considérées « comme des revenus distribués, assimilés aux produits des actions et parts sociales, entrant dans la catégorie des revenus mobiliers... sans qu'il y ait lieu de rechercher si le bénéficiaire a la qualité d'associé, actionnaire ou porteur de parts, laquelle n'est exigée que lorsque les sommes ou valeurs distribuées n'ont pas été prélevées sur les bénéfices ».

413. — Cette nouvelle jurisprudence du juge de l'impôt présente de sérieux inconvénients dans les groupes de sociétés. En effet, tout prêt consenti par une société du groupe, en période bénéficiaire, à une filiale ou à toute autre société appartenant au même groupe qui ne participe pas à son capital, serait présumé celer une distribution de bénéfices. Cependant, ces inconvénients doivent être mesurés dans leurs justes proportions : en tout état de cause, la présomption de l'article 109-1^o ne semble pouvoir jouer qu'à l'égard des désinvestissements anormaux, c'est-à-dire des opérations de prêts par lesquelles la société prêteuse accepte de s'appauvrir sans contrepartie. Il n'y a pas lieu, en revanche, de craindre une distribution des bénéfices lorsque la société emprunteuse paye normalement le service qui lui est rendu (144). Lorsqu'un contrat réalise un transfert de bénéfices, l'avantage est nécessairement unilatéral. Un tel transfert ne peut exister lorsque les prestations sont équilibrées. Dès lors, l'article 109-1^o ne saurait s'appliquer, en notre matière, qu'aux montants réintégrables dans les bénéfices soumis à l'I.S. de la société prêteuse, par exemple les intérêts que celle-ci aurait intentionnellement négligé de demander à sa filiale (145). L'intégralité du montant du prêt ou de

(143) CE 10 mars 1972, req. 79925 et 79927, Lebon, p. 203 ; « Droit fiscal » 1972, n° 18, comm. 641.

(144) Ce qui peut s'induire, depuis l'arrêt du Conseil d'État en date du 15 février 1978 (req. 4413, précité), de l'égalité des taux accompagnant les prêts et avances effectués à l'intérieur d'un groupe pendant une période donnée.

(145) Cf. CE 23 février 1966, précité. Et encore, seulement si la société emprunteuse a effectivement comptabilisé la charge d'intérêts pour la détermination des résultats qu'elle a déclarés. En effet, l'absence d'enregistrement de cette charge a pour conséquence d'affecter nécessairement en hausse les résultats imposables de la société créditée. Il en résulte que le fisc ne peut imposer une nouvelle fois, au titre de la distribution, motif pris de ce que le contribuable a pu éluder une dépense à laquelle il aurait dû faire face (CE 25 juillet 1980, req. 15073, Rev. jur. fiscale 11/1980, p. 456).

l'avance ne sera donc pas nécessairement soumis à l'impôt de distribution (146).

414. — De plus, la présomption de l'article 109-1^o ne présente pas un caractère irréfutable. Il est rationnel de laisser à l'auteur de la distribution présumée, la possibilité de démontrer que le prêt ou l'avance ne visait pas une distribution occulte de bénéfices. Rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que le prêteur puisse établir la réalité de l'opération de crédit dans les mêmes conditions que si celle-ci avait profité à l'un de ses associés (147). Au soutien de cette opinion, on peut en effet invoquer le caractère de la présomption spéciale portée à l'article 111-a CGI : dans l'hypothèse particulière des prêts et avances consentis aux associés, ce texte permet à la société à laquelle est demandée le versement de l'impôt de distribution, de rapporter la preuve de la conclusion de véritables opérations de crédit. Or, le danger d'une distribution occulte de bénéfices par prêts et avances aux associés est en bonne logique au moins autant à craindre que lorsqu'il s'agit d'opérations de désinvestissement quelconques, effectuées avec des personnes ne participant pas au capital de la société. Dès lors, la société emprunteuse devrait être en droit de détruire la présomption générale de l'article 109-1^o en produisant la preuve contraire de la même manière qu'elle le pourrait si, associée de la société prêteuse, la présomption spéciale de l'article 111-a était mise à sa charge.

B - LA PRÉSUMPTION SPÉCIALE DE L'ARTICLE 111-a PESANT SUR L'EMPRUNTEUR ASSOCIÉ

415. — L'article 111-a présume que les prêts et avances mis à la disposition de ses associés ou actionnaires, personnes physiques ou morales, par

(146) Sauf dans les hypothèses où le prêteur abandonne totalement sa créance ou la provisionne pour son montant intégral dans le but de transférer des bénéfices à l'emprunteur.

(147) V. infra, p. 396, n^o 416 et s.

Dans le même sens, CE 25 juillet 1980, Req. 13059, Rev. jurispr. fiscale, novembre 1980, p. 468. La solution, quoique implicite, paraît certaine : En l'espèce, un sieur X était à la fois le gérant d'une S.C.I. et le président-directeur général d'une S.A. ; la S.C.I. s'est reconnue débitrice d'honoraires dus à la S.A. mais cette somme, au lieu d'être perçue par celle-ci, a été inscrite au crédit du compte de l'épouse du sieur X dans la comptabilité de la S.C.I. et n'a fait l'objet d'aucune inscription dans les écritures de la S.A., en sorte que :

- cette somme a été considérée par l'administration comme une recette dissimulée de la S.A. et réintégrée dans l'assiette de l'I.S. ;

- elle a été également regardée comme un revenu distribué à Madame X, par application de l'art. 109-1-1^o CGI et imposée dans la catégorie des revenus mobiliers. Or, bien que ce texte ne prévoie pas la possibilité d'apporter la preuve contraire. Madame X, pour faire valoir ses moyens de preuve, invoqua devant le Conseil d'État les dispositions... de l'article 111-a du CGI. La Haute Assemblée, en examinant (pour les rejeter) les moyens de preuve produits, accepta par là-même d'étendre la faculté prévue par l'article 111-a de fournir la preuve contraire à une hypothèse régie en principe par l'article 109-1-1^o.

une société ne seront pas restitués et doivent donc s'analyser en une distribution détournée des bénéfices sociaux. Ce texte a été institué en vue de lutter contre une forme d'évasion fiscale assez fréquente, en particulier dans les sociétés de petite taille. Comme on l'a fréquemment observé (148), «il suffisait en effet aux associés de convenir de ne pas procéder à des distributions de bénéfices mais d'effectuer régulièrement des prélèvements en compte courant pour que les intéressés perçoivent en fait leur part de bénéfices tout en retardant indéfiniment le paiement de l'impôt, la société n'ayant aucune raison d'exiger d'eux le remboursement des prêts». Il est clair cependant que cette disposition présente un caractère anachronique et s'avère manifestement inadaptée aux groupes de sociétés. On ne peut, en effet, dans le cadre de tels ensembles, présumer que l'emprunteur entende systématiquement s'approprier les ressources du prêteur sous le couvert d'opérations de crédit purement artificielles (149). Les sociétés du groupe qui éprouvent un besoin de financement veulent pouvoir le satisfaire en usant pour un temps des ressources excédentaires des autres sociétés et en les restituant quand ils ne s'avèrent plus indispensables. Dans les véritables groupes économiques, l'affaiblissement de certains membres peut mettre en péril l'équilibre de l'ensemble.

416. — Cette présomption ne correspond donc, le plus souvent, à aucune réalité en particulier dans les groupes où les échanges financiers sont intenses et effectués dans tous les sens. Certes, lorsque l'emprunteur est une société-mère, le montant du prêt n'a pas à être réintégré dans les bénéfices soumis à I.S. de celle-ci, sauf pour une fraction de 5 % à titre de frais de gestion (150). Mais, si la société bénéficiaire n'a pas la qualité de société-mère de la société prêteuse, au sens de l'article 145 CGI, le montant intégral de l'opération financière devrait être imposé, exceptée l'hypothèse dans laquelle l'emprunteur serait en mesure de rapporter la preuve que les opérations accomplies à son profit correspondent à de véritables prêts et avances et n'ont pas été réalisées en vue de dissimuler une distribution de bénéfices (article 111-a CGI). Mais le Conseil d'État (151) n'estime cette preuve rapportée que lorsque l'emprunteur démontre que le prêt ou l'avance a fait l'objet d'un acte écrit, préalable ou concomittant au versement des fonds (152), précisant

(148) PASTRE, *op. cit.*, p. 350 ; v. égal. DE BERMOND DE VAULX, « Les comptes courants d'associés », art. précit. ; GAMBIER, *Les impôts en France*, Francis Lefebvre, 1979-1980, n° 367, p. 112.

(149) En ce sens, v. JADAUD, « L'impôt et les groupes de sociétés », Éd. Berger-Levrault, 1970, préface X. MEHL et PLAISANT, p. 206, n° 198.

(150) L'application du régime de faveur des sociétés-mères impliquera en définitive une imposition de 2,50 % du montant du prêt perçu.

(151) CE 5 novembre 1956, req. 33417 ; 20 mars 1957, req. 34700, Bull. off. enregist., 1957, I, 7489 ; 13 décembre 1963, « Droit fiscal », 1966, n° 25 bis, comm. 235, concl. com. gouv. MARTIN ; 30 avril 1971.

(152) Un contrat de prêt conclu après l'octroi des sommes litigieuses ne suffit pas à constituer la preuve contraire susceptible de renverser la présomption de l'article 111-a (V. CE 5 novembre 1956, précité).

la date et les modalités de remboursement ainsi que les conditions de rémunération du créancier. Il existe, certes, une possibilité extrême d'établir cette preuve contraire : elle consiste à démontrer la réalité du prêt en le remboursant totalement. Dès lors, la présomption de non-restitution de l'article 111-a doit logiquement tomber. De fait, l'administration fiscale, se montrant en cela plus favorable aux emprunteurs que le Conseil d'État, admet assez largement ce procédé.

En effet, alors que celui-ci juge qu'un remboursement effectué postérieurement à la clôture de l'exercice au cours duquel le prêt ou l'avance a été consenti, ne saurait faire échec à la présomption de l'article 111-a (153), le fisc admet, à titre de tolérance « qu'il n'y a pas lieu de revenir sur le règlement fiscal des deux exercices intéressés par l'ouverture et le remboursement de l'avance, s'il apparaît que le remboursement a été effectivement opéré à une date antérieure à celle de la réception par la société de l'avis de vérification ou, en cas de contrôle inopiné, antérieurement au passage du vérificateur » (154).

417. — Cependant, il est bien évident que cette latitude reconnue au contribuable, dans la démonstration de la réalité de l'opération financière, présente un caractère limité. Dans la réalité, un acte de prêt régulier et indiquant très complètement les caractéristiques de l'opération est assez rarement signé, au moins en ce qui concerne les crédits inter-groupe à court terme pour lesquels l'impératif de rapidité est essentiel. Dans la rigueur des principes, l'administration serait ainsi fondée à invoquer, dans la plupart des cas, la présomption de distribution, à l'occasion des prêts et avances consentis aux sociétés associées. Mais, s'apercevant qu'une application stricte de l'article 111-a rendrait impossible le fonctionnement de certains groupes, le fisc renonce à se prévaloir de ce texte à l'égard « des sociétés-mères... qui sont appelées à prélever les disponibilités de certaines sociétés pour aider la trésorerie des autres, jouant ainsi le rôle d'un établissement financier en vue d'assurer au mieux l'utilisation des disponibilités du groupe » (155). Il n'exige plus la preuve d'un véritable contrat de prêt, opération par opération, mais simplement « l'établissement d'une convention écrite donnant à la société-mère le mandat général d'employer les fonds qu'elle est ainsi appelée à recevoir de ses filiales à l'octroi d'avances à celles dont la trésorerie a besoin d'être soutenue » (156).

(153) CE 20 mars 1957, précité.

(154) Instruction DGI, n° 7489, Bull. off. enregist., 1957, I, 7489. L'arrêt du 25 juillet 1980, 13059, cit., marque peut-être un rapprochement entre les deux positions : « considérant, en second lieu, que le fait que, **à la suite du contrôle fiscal dont la société A a été l'objet**, M. X aurait remboursé à cette société la somme de 89.906 F, ne constitue pas la preuve que cette somme avait, dès l'origine, le caractère d'un prêt ».

(155) Instruction précitée.

(156) Instruction précitée. Ce n'est que lorsqu'il apparaîtrait que « systématiquement ou, en tout état de cause, pendant un laps de temps assez long, la société-mère détourne une partie relativement importante des fonds de la destination prévue » (?) que l'application de la mesure de tempérament devrait être refusée.

CHAPITRE II

LA NÉGATION DU GROUPE DE SOCIÉTÉS

418. — De plus en plus fréquemment, les créanciers, désireux d'étendre leur gage au patrimoine d'autres sociétés, « profitent » de l'insertion de leur débitrice dans un groupe et invoquent le fait qu'elle a été gérée dans un intérêt de groupe. Ils font appel, en cela, à un principe constant en droit commercial selon lequel l'extension des obligations contractées par une personne à une autre se justifie en cas de communauté d'intérêts de celles-ci. Mais cette application est singulière, puisque, par cette démarche, les créanciers prétendent nier totalement la personnalité indépendante des membres du groupe et en tirer les conséquences à leur profit. En fait, il est quelque raison de les approuver : lorsque la société dominante, dans l'intérêt général du groupe, mobilise à son gré les ressources de la société débitrice, les créanciers peuvent éprouver le sentiment que plus aucun actif ne garantit réellement le recouvrement de leurs créances. Si la société vient à cesser ses paiements, il est compréhensible que les créanciers tentent de se retourner contre le « groupe » dont toute la gestion de la société débitrice a, en définitive, servi les intérêts. Mais, ce faisant, ils enfreignent les principes les mieux établis, la relativité des conventions et l'autonomie patrimoniale des sociétés. De fait, les créanciers tendront bien, en niant l'existence même d'un groupe de sociétés, d'une part à refuser la personnalité juridique de celles-ci (lesquelles ont pourtant vocation naturelle à en être titulaire), et d'autre part à personnifier le groupe qui, en principe, ne peut avoir cette personnalité.

419. — L'idée n'est certes pas nouvelle et la jurisprudence connaît depuis longtemps l'extension de faillite (157) ou, depuis la loi du 13 juillet 1967, l'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (158) d'une société à une autre. Mais aucune étude d'ensemble n'a été consacrée, à notre connaissance, à la question très particulière de savoir si, et le cas échéant comment, les prêts et avances entre sociétés groupées peuvent

(157) V. LEGEAIS, « l'extension de la faillite sociale et l'originalité de son domaine d'application ».

(158) HOUIN, *rep. soc.* « faillite... », n° 293 et s. ; ARTZ, « l'extension du règlement judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux », *RTDco* 1975, 1 ; COPPENS, « l'extension de la faillite au maître de la société » in « Idées nouvelles dans le droit de la faillite », *éd. Bruylant, Bruxelles*, 1969.

contribuer à une négation par le juge, saisi par les créanciers, de la personnalité juridique distincte des filiales. Or, cette recherche présente un intérêt essentiel : si une gestion centralisée des fonds des sociétés groupées permettait d'aboutir à ce résultat extrême, la prudence commandera d'abandonner une telle politique en période économique troublée, à l'apparition du moindre risque de défaillance d'une filiale. Le groupe ne sera plus en mesure d'offrir l'un de ses principaux avantages, à un moment précis où il serait particulièrement souhaitable et bienvenu.

C'est pourquoi, il nous sera nécessaire d'examiner si les financements inter-groupe peuvent être utilement invoqués par les créanciers, à l'appui d'une action en déclaration de « faillite » commune de l'ensemble des sociétés du groupe (section 2). Mais auparavant, on se demandera si de tels financements ne sont pas typiquement envisagés depuis la loi du 13 juillet 1967 en son article 101-2° : ce texte permet une action en extension de la procédure collective de la société contre le dirigeant, du simple fait que celui-ci a « disposé des biens sociaux comme des siens propres ». Or, dans le cadre d'une gestion financière d'ensemble, la société dominante ne dispose-t-elle pas, en réalité, des fonds sociaux comme des siens propres ? (section 1).

SECTION I

La gestion centralisée des fonds et l'extension légale

420. — La véritable extension de faillite — par opposition à la demande de jugement commun — est une institution relativement ancienne puisqu'elle a été instaurée par le décret du 8 août 1935 (article 437-4° du Code de Commerce). Ce texte disposait « qu'en cas de faillite d'une société, la faillite pourra être étendue à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres ». Ces dispositions ont été reprises par l'article 10 du décret du 20 mai 1955 (article 446 du Code de Commerce) qui a toutefois remplacé le terme « capitaux » par celui de « biens sociaux ».

La loi du 13 juillet 1967 a procédé à un réaménagement plus substantiel du régime légal. En effet, aux termes de l'article 101 de cette loi, « en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens, tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qui a :

- sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;
- disposé des biens sociaux comme des siens propres ;

- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale... »

421. — Si l'article 101, comme l'ancien article 446 du Code de Commerce, a pour but de sanctionner des fraudes caractérisées consistant, pour certaines personnes, à se dissimuler derrière le voile social (l'article 101 permettant, en outre, de combattre certaines formes de gestion abusive), ce dernier texte est tantôt plus restrictif, tantôt plus large que le premier. Il est plus restrictif en ce qui concerne les défendeurs à l'action en extension. En effet, alors que l'article 446 visait « toute personne », seuls les dirigeants sociaux tombent sous le coup des prévisions de l'article 101. Mais il convient de noter que la conception légale du dirigeant est très large : non seulement le simple associé, par exemple une société-mère ne dirigeant pas organiquement sa filiale, tombe sous le coup du texte s'il peut être établi qu'il dirigeait en fait (159) la société, mais en outre, les dirigeants de la société-mère y sont soumis, bien que n'étant pas personnellement actionnaires de la filiale, si les administrateurs de celle-ci sont les « préposés » de la société-mère et aux ordres de ses dirigeants, ce qui advient fréquemment dans les groupes de sociétés (160).

En dépit, cependant, de la souplesse de la notion de dirigeant, le recours aux dispositions de l'article 101 est exclu lorsque la mesure collective qui vise la société-mère doit être étendue à une filiale. Cette dernière ne pouvant, en principe, diriger ni en fait ni en droit la société-mère, l'extension ne pourra reposer que sur les dispositions du droit commun sanctionnant l'abus de personnalité morale (161). En revanche, l'article 101 est applicable sans difficulté aux sociétés-mères si elles détiennent un mandat régulier de gestion ou, dans la négative, si elles ont accompli, directement ou par personne interposée, des actes de direction, d'administration générale ou de gestion de leur filiale soumise à la procédure collective (162).

L'article 101 est, en revanche, plus large que l'article 446, non seulement en tant qu'il autorise l'extension au dirigeant du règlement judiciaire de la société, ce que ne permettait pas l'ancien texte (163), mais aussi quant aux agissements susceptibles d'emporter le prononcé d'une mesure d'extension. La disposition des biens sociaux comme des siens propres par le dirigeant peut à présent être combattue séparément, alors qu'il était nécessaire sous l'empire de l'ancien texte que l'on relevât, en outre, l'accomplissement par le défendeur à l'action en extension d'actes de commerce à des fins person-

(159) Sur la notion de dirigeant de fait, v. *supra*, n° 369.

(160) Paris, 6 juillet 1955, GP, 1955, 2, 109 ; RTDco, 1955, 658, obs. HOUIN et sur pourvoi, com. 18 février 1957, JCP ; 1958, II, 10396 ; RTDco 1957, 712.

(161) V. com. 5 juillet 1967, Bull. civ., III, n° 278 et *infra*, n° 425 et s.

(162) SORTAIS, art. précité, rev. jurisp. com., mars-avril 1977, p. 132.

— (163) V. com. 27 février 1968, Bull. civ., IV, n° 86, p. 72 ; RTDco, 1968, 1139.

nelles sous le voile de la société (164). Désormais, tout prélèvement dans la caisse sociale, tout usage d'un compte courant de la société et, plus généralement, tout appauvrissement imposé à celle-ci par son dirigeant à son avantage personnel ou au profit d'une autre société dans laquelle il serait intéressé, peuvent justifier, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 101, l'extension au dirigeant coupable de la procédure collective affectant la société qui en est la victime (165).

422. — Les dispositions de l'alinéa 2 visent ainsi spécifiquement les agissements du dirigeant qui démontrent qu'il gère et utilise la chose sociale comme sa propre chose. La jurisprudence présente quelques exemples de disposition induite des capitaux de la société par ses dirigeants qui ont justifié l'extension à ces derniers de la procédure collective frappant la première. Ainsi, dans l'affaire du Comptoir National du Logement, l'intéressé, maître absolu de l'affaire, se réservait tous les produits de l'activité commerciale et considérait que l'intégralité des actifs de la société-mère et de ses filiales lui appartenait (166). Mais de simples prélèvements effectués dans la caisse sociale ou l'ouverture de comptes personnels alimentés par des bénéfices ou des paiements détournés suffisent (167).

La Cour de Paris (168), à ce sujet, a été saisie de faits particulièrement exemplaires d'une disposition discrétionnaire des fonds sociaux. En l'espèce, les sieurs N. et T. avaient créé 4 sociétés : les s.a.r.l. CHAUFFOUR, NOVO-PRINT et S.I.P.P. (imprimerie) et acquis l'intégralité du capital d'une S.A., la société DEPLANBOIS. CHAUFFOUR, transformée entre temps en société anonyme, bien qu'ayant bénéficié d'un prêt important d'une société anglaise moyennant attribution à celle-ci d'une option d'achat portant sur la majorité des actions, fut déclarée en liquidation des biens, de même que les

(164) La jurisprudence n'était cependant pas toujours très ferme et se contentait parfois d'un détournement des biens sociaux pour prononcer l'extension de faillite au dirigeant : com. 28 novembre 1956, Bull. civ., III, n° 314 ; RTDco, 1957, 447 ; com. 19 mars 1957, Bull. civ., III, n° 105 ; com. 11 janvier 1967, Bull. civ., III, n° 26 ; com. 13 décembre 1969, RTDco, 1970, 780, obs. HOUIN. Dans le sens d'une plus grande rigueur, v. com. 30 novembre 1966, Bull. civ., III, n° 461 ; RTDco 1967, 568. En l'espèce, la Chambre commerciale, statuant sous l'empire de l'art. 446, cassa un arrêt d'appel qui avait décidé d'étendre la faillite sociale à deux associés s'étant comportés en dirigeants de fait, aux motifs que si ces derniers semblaient disposer des biens sociaux comme des leurs propres (ils consentaient des emprunts, prélevaient des fonds sur le capital social, effectuaient des paiements et empruntaient à la société des sommes destinées à une autre société dans laquelle ils étaient intéressés...), il n'a pas été établi, en revanche, que les intéressés aient, sous le couvert de la société masquant leurs agissements, fait des actes de commerce dans leur intérêt personnel.

(165) En ce sens, v. TOUJAS et ARGENSON, « Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite », libr. techn., 4 éd., t. I, p. 67 ; v. égal. com. 23 février 1976, Bull. civ., IV, n° 64 (moyen unique, deuxième branche).

(166) Com. 29 janvier 1968, Bull. civ., IV, p. 34, n° 43.

(167) V. HOUIN, rep. Dalloz, « sociétés », préc., n° 355 et réf. cit.

(168) Paris, 3^e ch., 7 juin 1977, aff. Namyas et Tazartes c/Gourain ès-qualité.

sociétés NOVOPRINT et S.I.P.P. (169), ainsi que les sieurs N. et T., sur le fondement de l'article 101-2°. Pour parvenir à cette solution, le Tribunal, puis la Cour d'Appel de Paris, ont observé certaines opérations réalisées en compte courant, dont le solde était en permanence favorable aux dirigeants. D'abord, ceux-ci avaient effectué plusieurs cessions fictives : ils portaient au crédit de leur compte la contre-valeur de biens jamais remis à la société CHAUFOUR. Ensuite, ayant acquis toutes les actions (1.335 titres) de la société DEPLANBOIS, ils déclarèrent en céder 950 à la société CHAUFOUR mais ne lui remirent effectivement que 400 titres sans toutefois modifier en baisse le prix convenu. L'usage discrétionnaire des capitaux de la société était, dès lors, amplement établi.

423. — Toutes les espèces soumises aux Cours et Tribunaux concernant, à notre connaissance, des demandes d'extension dirigées contre des dirigeants personnes physiques. On en sera peut-être surpris car il n'est pas douteux que l'article 101-2° puisse être utilisé à l'encontre de personnes morales dirigeantes (170), et, en particulier, de la société dominante (171). Tout semble se passer comme si les syndics invoquaient, dans les groupes de sociétés, la confusion patrimoniale, motif d'extension fondé sur le droit commun de la personnalité morale, en ce qui concerne les sociétés membres et la disposition des biens sociaux comme de biens propres à l'encontre des dirigeants personnes physiques du groupe (172). D'ailleurs, certains estiment que l'extension de la procédure collective de la société à son dirigeant, par application de l'alinéa 2 de l'article 101, tend à devenir le prolongement normal de la répression du délit d'abus des biens sociaux (173). La locution légale « disposition des biens sociaux comme des siens propres »

(169) Ces deux dernières sociétés, comme l'a relevé le tribunal, « n'avaient été créées que dans le but d'éviter, par un partage approprié des effectifs, la constitution d'un comité d'entreprise auprès de l'imprimerie Chaufour, alors qu'il n'existait qu'une seule entité économique et financière et que les patrimoines, comme l'exploitation des trois sociétés, étaient en fait confondus et qu'en conséquence, il était justifié de prononcer la liquidation des biens des deux SARL susnommées ».

(170) Cf. art. 98, loi du 13 juillet 1967.

(171) En ce sens : HOUIN, *rep. cit.* ; SORTAIS, *art. précit. rev. juris., com.* mars-avril 1977, p. 133.

(172) Il est vrai que l'application du droit commun permet d'éviter la difficile recherche de la société, ou des sociétés, qui dirigent véritablement le groupe. Démontrer qu'une personne morale a usé des biens sociaux comme des siens propres peut être délicat dans tous les cas où celle-ci n'a pas rang d'administrateur et ne dispose pas d'un représentant permanent au Conseil d'administration. En fait, même si les circonstances témoignent d'un rapport de force apparemment inégal entre deux sociétés, l'une transférant par exemple, à son profit, l'essentiel des actifs de l'autre, il sera souvent difficile de qualifier l'une de dominante, l'autre de dominée alors que le plus souvent les deux sociétés sont également manipulées par des personnes physiques, véritables maîtres du groupe (pour une illustration, v. Paris, 7 avril 1978, inédit, dont la décision est commentée plus loin).

(173) V. not. PASTRE, *op. cit.*, p. 339.

invite assez naturellement à pareille analyse : elle est directement évocatrice d'un prélèvement dans la caisse de la société, opéré par ceux qui ont mission de la gérer.

On remarquera, néanmoins, que la loi commerciale ne suppose pas que le dirigeant a agi dans son intérêt personnel (174). Plus généralement, le motif d'extension prévu par elle obéit à des conditions propres et a un champ d'application plus étendu que celui du délit pénal (175). Un classement sans suite des poursuites, une relaxe ne mettent pas le dirigeant à l'abri d'une action en extension : celle-ci est essentiellement, en droit, une mesure économique tendant à satisfaire les droits des créanciers, non une sanction du débiteur. Telle est l'opinion de la jurisprudence (176). Cela étant, insister sur la réparation du préjudice subi par les créanciers et affecter d'ignorer la faute commise par le débiteur relève d'une démarche assez artificielle qui, en tout cas, ne saurait dissiper l'aspect manifestement sanctionnateur de l'article 101. Confondre les actifs sociaux avec les siens propres est toujours une faute (177), même si le débiteur ne cherchait pas à s'avantager personnellement. Il suffit que le débiteur, par négligence ou incurie, ait agi comme si la chose sociale était sa propriété et qu'il n'ait fait aucune distinction entre son patrimoine personnel et le patrimoine social. On peut même se demander, en l'absence d'une véritable confusion des patrimoines, s'il ne suffira pas aux tiers d'invoquer l'apparence d'une caisse et d'une trésorerie uniques où toutes les sociétés du groupe viendraient déposer leurs excédents et s'alimenter en capitaux.

424. — La société dominante, entre les mains de laquelle l'argent sera remis et qui le répartira à nouveau entre les sociétés groupées selon leurs besoins, ne tombe-t-elle pas nécessairement sous le coup de l'article 101-2° ? Tout se passe, en effet, comme si elle disposait des fonds des sociétés considérées comme des siens propres : dirigeant de fait ou de droit de la filiale, elle décide en toute souveraineté et indépendance de prélever ses excédents de

(174) Com. 11 juillet 1978, Rev. soc. 1980, p. 131, note SORTAIS : l'art. 101-2°, contrairement aux alinéas 1 et 3 du même texte, « n'exige pas que ce soit dans un intérêt personnel qu'un dirigeant social ait disposé des biens sociaux comme des siens propres » ; v. cep. HOUIN, Rép. Dalloz, cit. n° 353.

(175) V. com. 16 janvier 1974, rev. jur., com. 1974, p. 95, n° 719, note E. MASSIN ; c'est si vrai que la jurisprudence refuse d'appliquer la règle « le criminel tient le civil en état » lorsqu'une information pénale et une procédure de déclaration de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sont engagées simultanément et procèdent des mêmes faits ; comme l'exprime la Chambre commerciale, « les deux procédures n'envisagent pas les faits sous le même rapport, n'en tirent pas les mêmes conséquences et ne tendent pas aux mêmes fins » (com. 29 janvier 1968, Bull. civ., IV, n° 44) ; adde : COPPENS, « l'extension de la faillite au maître de la société » in « Idées nouvelles dans le droit de la faillite », éd. Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 200 ; M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires », p. 139.

(176) En ce sens, com. 16 janvier 1974, cit.

(177) Dans le même sens, v. M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires » P.U.F., p. 139.

capitaux pour les mettre à la disposition d'une autre société. Elle évalue les risques, détermine les conditions de l'opération exactement de la manière que si elle envisageait de prêter ses propres fonds. Or, en théorie, puisque l'article 101 n'exige aucune intention frauduleuse et se désintéresse des mobiles poursuivis (qui sont en l'occurrence souvent légitimes : la meilleure rentabilité des capitaux engagés ainsi que l'économie de concours bancaire réalisée), rien ne s'oppose à ce que le juge entre en condamnation. Appliqué dans les relations de société-mère à filiale, l'article 101-2° est donc dangereux et, la plupart du temps, injuste, car les concours financiers accordés par le groupe à une de ses unités en difficulté dépassent généralement, par leur montant, celui des avances qui auront pu être sollicitées d'elle. La réticence du juge à recourir à ce texte, dans les relations de société à société, mérite ainsi approbation, ce d'autant plus que lorsqu'il existe une véritable confusion patrimoniale, que peut certes attester une gestion centralisée des capitaux dans le groupe, le recours au droit commun permet une sanction suffisante des agissements des dirigeants du groupe.

SECTION II

La gestion centralisée des fonds et l'unité d'entreprise formée par le groupe

425. — Les procédés prétoriens d'«extension de faillite» ou, plus exactement, ceux autorisant les créanciers à demander un jugement commun, avec constitution d'une masse unique, active et passive, reposent fondamentalement sur l'idée d'une unité d'entreprise. Celle-ci existe évidemment lorsque la société débitrice ou la société poursuivie (178) est déclarée fictive : l'une et l'autre sociétés ne font alors qu'une seule et même personne et n'ont qu'un seul patrimoine (179). Mais il n'en va pas différemment lorsque la ou les sociétés que l'on entend englober dans la procédure collective ouverte à l'encontre d'une première, tout en exerçant des activités réelles et distinctes et possédant une vie sociale propre, ont complètement confondu leurs patrimoines. C'est, en effet, un principe fondamental de notre droit qu'une personne juridique ne peut être titulaire que d'un seul patrimoine, deux personnes ne pouvant partager un patrimoine unique. Une totale confusion patrimoniale, qui traduit l'unité profonde du patrimoine, témoigne donc logiquement de l'existence d'un seul être juridique, d'une entreprise unique.

(178) Il se peut, en effet, soit que la société débitrice se révèle, en définitive, être fictive, auquel cas il conviendra de poursuivre la société véritablement débitrice pour la déclarer en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, soit que la société soumise à la procédure collective a une existence réelle et indépendante mais a créé une ou plusieurs sociétés fictives qu'il s'agira d'englober dans la procédure initialement ouverte.

(179) Obs. HOUIN, s. Paris, 13 décembre 1969, RTDco 1970, 505.

426. — Ces solutions qui peuvent ainsi aboutir à conférer, dans l'intérêt des créanciers, la personnalité juridique à un « groupe de sociétés » qui serait entièrement peuplé de sociétés fictives placées autour d'une société, seule à avoir une existence réelle, ou encore à un groupe qui aurait entièrement confondu les patrimoines de ses membres, n'ont pas été abandonnées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1967. La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (180) l'a rappelé sans équivoque pour écarter l'argument d'un créancier d'une société, à laquelle le règlement judiciaire d'une autre avait été étendu, qui soutenait que la loi de 1967, abrogeant l'article 446 du Code de Commerce, ne fait aucune allusion à la notion de confusion des patrimoines.

Les motifs de l'arrêt sont fort explicites : « attendu que la requête de R. (administrateur au règlement judiciaire de la société anonyme) aux fins de règlement judiciaire commun n'était fondée ni sur l'article 446 du Code de Commerce, ni sur un texte de la loi du 13 juillet 1967, mais sur la doctrine et la jurisprudence qui admettent cette solution lorsque deux entreprises n'en font en réalité qu'une seule, en raison de la confusion de leurs patrimoines et de leurs animateurs ; attendu que rien ne permet d'affirmer que cette théorie n'est plus acceptable depuis la loi de 1967 ; que cette loi permet de déclarer en règlement judiciaire ou en liquidation de biens, toute personne morale de droit privé, même non commerçante, qui cesse ses paiements ». Sur pourvoi, la Cour de Cassation (181) confirma cette façon de voir, la loi du 13 juillet 1967 n'ayant pas fait table rase des solutions antérieures. Cette solution doit être approuvée : l'existence de procédés spéciaux institués par la loi ne saurait s'opposer à une mesure d'extension fondée sur les principes généraux de la personnalité morale (182).

D'ailleurs, l'application de ces derniers semble, dans les groupes de sociétés, plus fréquente que l'emploi des techniques particulières d'exten-

(180) Aix-en-Provence, 24 octobre 1969, RTDco 1970, p. 506 et s., obs. HOUIN.

(181) Com. 15 juin 1971, Bull. civ., IV, p. 161 ; adde : Paris, 23 janvier 1974, rev. juris. com., 1974, 35, note BIGOT ; Paris, 13 février 1978, 3^e ch., sect. A, inédit : « mais considérant que si la liquidation des biens ou le règlement judiciaire d'une personne morale peut être étendu à une autre personne physique ou morale, dans les cas prévus par la disposition précitée, il peut en être de même lorsqu'on est en présence de deux personnes qui, tout en étant des sujets de droit apparemment autonomes et indépendants, ont confondu leurs patrimoines, les éléments de l'un se retrouvant dans l'autre et réciproquement ; qu'il en est de même lorsqu'on est en présence, non d'une société réelle, mais d'une société fictive, créée par une personne avec le concours de comparses ; qu'en pareil cas, le patrimoine social étant la propriété du tiers qui l'exploite sous le nom de la société fictive, il est normal que la liquidation des biens d'une telle société soit étendue à ce tiers... ; qu'il est normal dans l'un et l'autre cas que la liquidation des biens ou le règlement judiciaire soit étendu de telle sorte qu'il n'y ait qu'une seule et même procédure de règlement collectif du passif et qu'une seule masse » ; en ce sens, v. égal. Paris, 5 février 1979, rev. jur. com., 1979, p. 226, note A. BRUNET.

(182) On peut penser, en outre, que l'admission de cette mesure de droit commun, sous l'empire de l'art. 446 du Code de Commerce qui permettait pourtant de prononcer l'extension de faillite à l'encontre de « toute personne », constitue un argument a fortiori en faveur du maintien des principes de droit commun. L'art. 101 de la loi de 1967 ne vise en effet, plus limitativement, que les dirigeants sociaux.

sion prévues à l'article 101 de la loi de 1967 (183). Il est vrai que leur application peut paraître plus facile, à certains égards, aux yeux des créanciers poursuivants. L'action fondée sur le droit commun de la personnalité morale n'exige pas, en effet, que soient réunies les conditions prévues au texte. En particulier, le défendeur à une telle action ne devra pas nécessairement posséder la qualité de dirigeant de droit ou de fait de la société soumise à la procédure collective. Il sera ainsi possible de déclarer la liquidation des biens d'une société-mère commune à une filiale alors même que l'article 101 n'aurait pu trouver à s'appliquer.

427. — Mais, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une société appartenant à un groupe, ses créanciers pourront-ils invoquer les prêts et avances qu'elle a consentis ou reçus d'autres sociétés de son groupe pour démontrer soit la fictivité de la société prêteuse ou des sociétés emprunteuses, soit la confusion de leurs patrimoines ? On peut en douter, au moins si l'on s'attache à des éléments purement formels : d'une part, les diverses sociétés d'un groupe sont généralement régulièrement constituées et immatriculées au registre du commerce ; d'autre part, le caractère contractuel que le groupe confère aux transferts de capitaux en son sein interdit, de prime abord, d'analyser de telles opérations comme de simples flux financiers intervenant dans le cadre d'une seule et même entreprise. Mais la jurisprudence se refuse à ne considérer que ces éléments juridiques. Elle observe également les circonstances de fait et recherche, en particulier, si la société fonctionne normalement, dispose d'une comptabilité propre et exerce une activité réelle et distincte (184). A défaut, la société n'est qu'une façade masquant une entreprise unique et l'existence d'un patrimoine commun confondu (185). De même, s'attache-t-elle, alors même que rien ne permet de douter qu'il s'agit de sujets de droits réels et indépendants, à vérifier que son patrimoine n'est pas totalement confondu avec celui de la personne poursuivie.

428. — Or, les tribunaux relèvent parfois, parmi les indices démonstratifs de la fictivité de la société débitrice ou de la société poursuivie ou de l'unité d'entreprise qu'elles forment, une intense et libre circulation des capitaux, peu leur important, semble-t-il, la forme juridique qu'emprunte la circulation des fonds. En particulier, des prélèvements qualifiés par les parties de prêts et avances sont susceptibles, par les circonstances qui entourent leur octroi, d'étayer la conviction d'une unité d'entreprise. L'absence de formalisme, la fréquence et l'importance des mouvements de fonds, notamment en compte courant, entre la société débitrice et d'autres sociétés appartenant au groupe, en particulier un organisme dont l'activité de collecte

(183) HOUIN, RTDco 1970, 506.

(184) V. par exemple : Paris, 11 mai 1964, JCP, 1964, II, 13835, note J.A. ; Colmar, 21 mars 1972, RTDco 1973, 357, obs. HOUIN.

(185) Com. 7 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 84, p. 81.

et de réaffectation des ressources excédentaires des sociétés groupées est, en tous points, comparable à celle d'un département financier d'une seule et même entreprise, peut donner à penser aux tiers qu'ils se trouvent face à un patrimoine unique confondu et à un seul être moral.

429. — La menace d'une « faillite » commune du groupe, consécutivement à une gestion financière d'ensemble, paraît donc bien réelle. Mais elle ne doit pas être exagérée. De l'analyse de la jurisprudence, il résulte en effet, d'une part que lorsque la fictivité de la société a pu être utilement invoquée par ses créanciers, c'est qu'elle existait déjà en dehors et indépendamment des rapports de financement inter-groupe (paragraphe 1) ; d'autre part, les flux financiers à l'intérieur du groupe sont insuffisants, en dépit de leur intensité et de leur permanence, à établir la volonté des dirigeants du groupe de nier le cloisonnement patrimonial des sociétés qui y appartiennent et de gérer le groupe comme une entreprise unique (paragraphe 2).

§ 1 — Prêts inter-groupe et fictivité

430. — On sait qu'une société est fictive lorsque l'un des éléments essentiels de toute société fait défaut : affectio societatis, apports formant un fonds social, recherche de profits (ou d'économies) à revenir aux associés et contribution de ces derniers aux pertes résultant de l'activité sociale. L'élément défaillant est simulé si bien que la société, même régulièrement constituée et immatriculée au registre du commerce, n'est qu'une construction artificielle, une façade, un écran. Elle ne peut donc disposer d'une véritable personnalité dans la mesure où celle-ci n'est, en principe, justifiée que par l'intérêt commun des associés, non par celui d'un seul (186). Il convient donc de faire tomber le masque. Le véritable débiteur, le commerçant qui a imaginé cette fiction pour dissimuler ses agissements, le plus souvent frauduleux ou illicites d'ailleurs (187), devra être recherché et déclaré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

(186) Sur les problèmes soulevés par la société unipersonnelle, v. DERUPPE, « le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un associé », Mél. BASTIAN, t. I, 1974, p. 57 ; SORTAIS, « la société unipersonnelle », même ouvrage, p. 325 ; GRISOLI, « la société d'une seule personne en droit comparé », Mél. JAUFFRET, 1974, p. 361 ; AUSSÉDAT, « société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », rev. soc., 1974, p. 221.

(187) V. not. Req. 13 mai 1929, D. 1930, I, 128, note A.C. : en l'espèce, une société, pour faire échec aux droits de ses créanciers, avait affecté une partie de ses actifs à d'autres sociétés qu'elle avait constituées avec le concours de tiers, associés fictifs. V. égal. Angers, 13 juillet 1956, GP 1956, 2, 125 ; JCP 1956, 9514, obs. M.P. ; rev. soc. 1956, 258. Dans cette deuxième espèce, la Cour d'Angers a décidé que la faillite d'une société devait être étendue à une autre société dont le capital a été constitué avec les fonds de la première, les sociétés n'étaient que personnes interposées et les gérants et employés constamment aux ordres de la première. De la sorte, on se trouvait en présence d'une « fausse société », qui n'a été qu'« une agence créée pour faciliter la circulation d'effets de complaisance et diviser les risques en faisant passer éventuellement l'actif d'un organisme, s'il tombait en faillite, dans le patrimoine d'un autre qui survivrait ».

431. — On voit mal, cependant, comment des prêts réalisés à l'intérieur d'un groupe de sociétés pourraient donner prise au grief de fictivité. Sans doute ne pourra-t-on pas avancer que le contrat de prêt suppose, par définition, la dualité de parties à l'acte : si la société est vraiment fictive, il est vraisemblable que le prélèvement sera lui-même simulé sous le couvert d'une opération de crédit. Mais, encore une fois, comment le « prêt » ou l'« avance » pourrait-il révéler l'inexistence de la société qui l'a consenti ou reçu ? On perçoit intuitivement qu'il ne saurait s'agir que de cas-limite : en effet, la finalité d'un groupe, en règle générale, n'est pas d'opposer aux tiers une série d'apparences et de fictions mais d'articuler des unités réellement distinctes en vue d'une organisation rationnelle du travail et de la production. D'ailleurs, l'objectif recherché de synergie, allié à celui d'une limitation de responsabilité par une division des risques, supposent la contribution d'organismes réellement distincts, supports d'une activité réelle et singulière.

Mais la jurisprudence a eu à connaître d'espèces dans lesquelles certaines sociétés étaient totalement dépendantes de certaines autres personnes sur le plan financier. Il s'agit là d'une hypothèse assez bien connue qui caractérise les groupes de petite dimension : la fictivité était notamment déduite du financement permanent reçu de personnes étrangères, qui, seul, permettait à la société de fonctionner (A). Elle n'est pas typique, en revanche, des groupes économiquement cohérents et de grande dimension. Ceux-ci connaissent cependant des sociétés fictives, simples coquilles juridiques servant à isoler un risque financier (B).

A - LA TOTALE DÉPENDANCE FINANCIÈRE DE LA SOCIÉTÉ

432. — L'un des premiers signes possibles de la fiction réside dans l'état de totale dépendance de la société vis-à-vis d'une source étrangère de capitaux. Cet indice peut, en effet, dévoiler que la société n'est que la « chose » d'une autre société ou des personnes qui contrôlent celle-ci (188). La jurisprudence est ancienne sur ce point. Ainsi la Cour de Cassation, par arrêt du 13 mai 1929 (189), a-t-elle relevé, parmi d'autres indices, que trois sociétés avaient complètement confondu leurs liquidités dans une caisse unique dans laquelle chacune, selon ses besoins, opérait des prélèvements : dès lors, selon les magistrats, l'extension de la faillite de l'une aux deux autres était justifiée. Quelques années plus tard, la Cour de Paris (190), saisie

(188) V. Paris, 5 février 1979, cit. et la note A. BRUNET.

(189) Req. 13 mai 1929, D. 1930, I, 128, note A.C.

(190) Paris, 23 juillet 1936, S. 1937, II, 4. La référence faite par cette décision à l'article 437 ancien, paraît purement formelle et ne se retrouve pas dans les motifs de l'arrêt rendu. La Cour de Paris se fonde bien plus sur le droit commun de l'extension de faillite que sur une mesure légale d'extension. Selon elle, lorsqu'une société a acquis la presque totalité (9/10^e du capital) des actions d'une autre société, qu'elle a garanti le passif de cette société et s'est engagée à lui faire

également d'une demande en extension, a tiré la même conséquence de l'extrême dépendance d'une société par rapport à une autre que traduisait l'engagement de la dernière de garantir le passif de la première et de lui consentir des avances d'un montant indéterminé. Récemment, la même Cour (191) a eu à se prononcer sur des faits sensiblement identiques. En l'espèce, deux personnes physiques avaient constitué à parts égales deux SARL, les sociétés « Les Platanes » et « Les Platanes Champfleury » et une société civile immobilière « Champfleury » dont ils étaient respectivement gérants pour les deux premières et co-gérants pour la dernière. La société « Les Platanes » avait pour objet l'exploitation de deux fonds de bar-restaurant, le premier pris en location-gérance et le second appartenant en propre à la gérante. La société « Les Platanes Champfleury » poursuivait, elle, l'exploitation d'un fonds d'hôtel-restaurant et la S.C.I. était propriétaire de l'immeuble qui l'abritait. Toutes ces sociétés ont été considérées comme fictives aux motifs, notamment, qu'elles « n'ont pu fonctionner que grâce aux fonds provenant de l'exploitation assurée directement par (la gérante de la société « Les Platanes ») et qui a donné lieu de sa part à des productions au passif de la société « Les Platanes Champfleury » ; qu'il existait également des mouvements de fonds entre les sociétés ; que les fonds propres de ces dernières étaient notoirement insuffisants pour permettre une exploitation normale, conforme à leur objet ».

433. — De prime abord, cette position de la jurisprudence paraît excessivement dangereuse pour le fonctionnement du groupe. Celui-ci ne tend-il pas précisément à mettre en commun les trésoreries pour les gérer au mieux ? Dès lors, n'y a-t-il pas toujours et inévitablement une dépendance de toute société de groupe, pour l'essentiel ou pour une grande part de ses besoins de financement, vis-à-vis de ce fonds central ? D'autre part, l'insuffisance de fonds propres et, par voie de conséquence, la création d'un état de dépendance sont souvent de politique délibérée : nul n'ignore combien ce moyen peut être efficace quand on souhaite renforcer un contrôle sans augmenter corrélativement sa participation. Les sociétés filiales devront-elles, dans ces conditions, être considérées comme fictives ? La question appelle une réponse négative. Il n'y a de fiction que si d'autres indices convergents peuvent être rapportés. Ainsi la jurisprudence relève-t-elle toujours, en outre, des circonstances telles que la détention par le défendeur de la presque totalité du capital, la qualité de prête-nom des autres associés

des avances d'un montant indéterminé, ce qui traduit l'extrême dépendance d'un patrimoine à l'autre, que les deux sociétés ont le même siège social et les mêmes employés, que les tiers ne peuvent se méprendre sur l'unité de direction de ces deux sociétés et que derrière les deux personnalités juridiques apparentes, il y a une entière communauté d'intérêts formant un tout indivisible, la faillite de l'une de ces sociétés doit entraîner celle de l'autre.

(191) Paris, 3^e ch., sect. A, 13 février 1978, aff. Brisson/Le Caloch. Contre cet arrêt, un pourvoi a été formé qui a été rejeté : com. 4.12.1979, Rev. soc. 1980, 323, obs. A.H.

(192) et surtout l'unité de comptabilité (193), voire de direction, de siège social et de personnel. Ces solutions sont rationnelles et méritent approbation. Personne ne doute, en effet, que la simulation de l'acte de société ne soit opérée par les parties pour donner le change aux tiers. Une société fictive, comme on sait, n'est qu'un instrument créé pour les induire en erreur (194). Or, à eux seuls, la fusion des trésoreries et l'état de sujétion par rapport à une source de financement externe sont inexpressifs : ils ne permettent pas d'établir que le défendeur a entendu diviser artificiellement les risques sans toutefois accepter les conséquences juridiques de ce pluralisme. En revanche, lorsque d'autres éléments concordants permettent d'étayer la conviction d'une volonté de simuler l'un des éléments essentiels d'une société, la fusion des trésoreries, l'unité de caisse prennent tout leur sens : vestiges d'une unité antérieure d'entreprise, symboles de l'existence d'un patrimoine unique, ils contribuent à démontrer l'artifice du commerçant. Il paraît donc certain que la situation de dépendance de toute société de groupe vis-à-vis d'un fournisseur de capitaux commun (la société dominante ou la société financière) ne peut, à elle seule, permettre de douter de son indépendance juridique et de son existence même, en tant que personne réelle et distincte.

La remarque est surtout importante lorsque le groupe accorde, de façon permanente, son concours financier à des sociétés en difficulté abandonnées à leur sort par les banques : rien, a priori, ne laisse à penser que ces sociétés ne continuent pas à exercer une activité quelconque et à posséder une vie sociale propre. Mais c'est précisément de l'existence de tels éléments dont on peut douter s'agissant de sociétés utilisées dans certains groupes, généralement de grande dimension, pour isoler un risque financier.

B - LES « SOCIÉTÉS » DE FINANCEMENT

434. — Certains financements présentent des risques extrêmement élevés devant lesquels une société-mère ou une holding peut reculer. Par exemple, il s'agira de créer une activité nouvelle qui réclame des investissements onéreux et présente un caractère très aléatoire. Ou encore, il faudra aider à tout prix une filiale en difficulté, déjà en état de cessation des paiements virtuelle, dont l'activité est indispensable au groupe. Parfois aussi, on doutera que le financement de tel type d'entreprise soit bien conforme à la spécialité statutaire de la société-mère et ne réclame pas, au

(192) Sur ce point, v. CALAIS-AULOY, *Encycl. Dalloz, sociétés*, V^o « Société fictive », n^o 7 et réf. cit. ; HEMARD, TERRE, MABILAT, t. I, p. 609, n^o 677 et s. ; RIPERT, par ROBLOT, t. I, p. 667, n^o 1064.

(193) Dans l'arrêt cité de la Cour de Paris, du 13 février 1978, la gérante tenait la comptabilité pour toutes les exploitations, effectuait des commandes de marchandises communes pour toutes les sociétés et des paiements, indifféremment pour leurs comptes respectifs.

— (194) PLAISANT, note sous civ. 14 décembre 1944, S. 1946, I, 105.

préalable, les délais et frais élevés qu'entraîne la réunion d'une assemblée générale extraordinaire en vue de modifier l'objet social. Dans toutes ces hypothèses, la direction du groupe sera tentée d'interposer une autre société, ce qui permettra d'isoler le risque financier et de réaliser discrètement l'opération. Le groupe recourra alors à la création d'une « filiale ad hoc » (195) ou à l'acquisition auprès des banques d'une société en sommeil (196) ou, simplement, à l'emploi d'une « société de tiroir » (197) que le groupe détient lui-même en « portefeuille ».

435. — Dans tous les cas, cette société par laquelle la société-mère se dédouble, en quelque sorte, ne sera considérée que comme une simple coquille juridique. Elle sert d'écran à la société dominante, laquelle ne veut pas se mettre en première ligne, et, apparaître si l'on peut dire, comme « responsable » lorsque, par exemple, la distribution de crédit qu'elle effectue sera jugée fautive et aura entraîné un préjudice pour les tiers (198). Les associés, au nombre desquels la société-mère évitera de compter, seront recrutés parmi des personnes toutes dévouées, en particulier les membres du personnel d'encadrement supérieur de cette dernière. Ils souscriront des cessions de parts ou d'actions « en blanc ». Au surplus, le siège de la société coquille se trouvera dans les locaux de la société dominante, instigatrice de l'opération, ou de l'une de ses filiales ou sous-filiales. Bien que régulièrement constituée et immatriculée et fonctionnant apparemment dans le respect scrupuleux des obligations légales et réglementaires, la société n'aura ni vie sociale réelle, ni activité propre. Elle ne sera pas animée d'une vie sociale réelle car les réunions et délibérations du Conseil et des assemblées ne seront que « de papier ». Elle ne possèdera surtout aucune activité propre. En effet, les opérations de financement pour lesquelles la société a été créée (199) se feront par un simple jeu d'écritures et l'ensemble des capitaux sera fourni par la direction du groupe, en particulier par voie d'ouverture de crédit en compte.

Une telle société est-elle fictive ? La jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas eu à connaître de la difficulté. Il y a cependant tout lieu de croire qu'une telle société serait considérée comme une pure fiction. D'abord, il est fort douteux que l'*affectio societatis* existe (200). Ensuite, tous les autres éléments caractérisant la fictivité sont réunis : unité de siège

(195) Cf. M. FLEURIET, *op. cit.*, p. 182 et s.

(196) V. P. DIENER : « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dix ans de droit de l'entreprise, Montpellier, 1978, p. 82 et s.

(197) Les expressions « sociétés en sommeil » et « sociétés de tiroir » sont synonymes dans la pratique.

(198) Sur ces points, v. *supra*, p. 269, n° 374 et s.

(199) Et au terme desquelles elle aura vocation à être dissoute ou à être mise en sommeil dans l'attente d'un éventuel nouvel emploi. (V. DIENER, *op. cit.*, p. 109).

(200) Lorsque l'« associé » signe un acte de cession en blanc dès la constitution de la société, la Cour de Cassation a jugé la société nulle, pour défaut d'*affectio societatis* (v. com. 6 oct. 1953, S., 1954, I, 149, note ROBERT).

social, totale convergence des intérêts des dirigeants sociaux et commune dépendance vis-à-vis de la société dominante, financement provenant exclusivement de celle-ci, absence d'activité et de vie propres. En fait, il n'y a qu'un patrimoine unique, celui de la société-mère, maître de l'affaire, que celle-ci a entendu démembrer pour isoler un risque particulièrement élevé.

§ 2 — Prêts inter-groupe et confusion patrimoniale

436. — Même dotées d'une vie sociale réelle et poursuivant une activité propre, les sociétés de groupe peuvent apparaître comme des maillons assemblés et articulés par une autorité centrale. Vis-à-vis des tiers, les capitaux existant au sein du groupe peuvent sembler appartenir à une seule et même collectivité. Tout se passe comme si l'organisation du groupe en unités interdépendantes et une gestion plus rationnelle et commune des capitaux des sociétés intégrées, circonstances favorables au développement du groupe, se retournaient contre lui en cas de cessation de paiements de l'une des sociétés membres. Il n'est, semble-t-il, de meilleure illustration que l'affaire soumise à la Cour d'Appel de Paris le 22 novembre 1976 (201). En l'espèce, quatre sociétés d'un groupe avaient été déclarées en liquidation des biens et le Tribunal de Commerce de Paris, par jugement du 15 mai 1975, avait étendu cette mesure à une société de gestion et d'administration (S.G.A.) et à un sieur MARCOUX qui en était « l'animateur » et l'actionnaire principal. La Cour de Paris s'est contenté de relever que la S.G.A. voyait sa trésorerie alimentée par une autre société du groupe, une société L.R.M. qui finançait d'ailleurs également les autres sociétés du groupe, pour juger « qu'il a existé une confusion entre les patrimoines des quatre sociétés déjà en liquidation de biens et celui de la S.G.A. » (202). De prime abord, une telle position semble extrêmement dangereuse pour le groupe : toute distribution de crédit par un organe central pourrait entraîner l'extension de la procédure collective qui l'affecte aux autres sociétés du groupe. On se demandera cependant si elle correspond encore à la notion de confusion patrimoniale (A) et si la solution donnée respecte les conditions d'une extension à ce titre (B).

(201) Paris, 3^e ch., 22 novembre 1976, inédit (aff. Marcoux/S.G.A.)

(202) « Que cette dernière (la société S.G.A.) a, en effet, reçu de nombreux versements de la société Le Revêtement Métallique (L.R.M.) qui, selon les renseignements comptables recueillis par le syndic Durrmeyer, a continuellement alimenté les trésoreries des trois autres sociétés déjà en liquidation de biens, ainsi que la S.G.A., considérant que la S.G.A. ... a reçu de la société L.R.M. des sommes très importantes qui ne peuvent être expliquées par le seul paiement de loyers ; ... qu'il résulte des mêmes balances de la société L.R.M. que celle-ci a également alimenté dans de semblables proportions les trésoreries des trois autres sociétés dont la liquidation des biens a déjà été décidée en une masse commune avec elle ; **que la confusion des patrimoines de ces quatre sociétés avec la S.G.A. est ainsi suffisamment établie** ».

A - NOTION DE CONFUSION DES PATRIMOINES

437. — L'action, fondée sur la confusion des patrimoines, n'exige pas la démonstration d'une faute précise et circonstanciée du défendeur, à la différence de celle de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967. En outre, alors que la condamnation pour abus de biens sociaux constitue normalement un motif d'extension légale de la procédure collective au dirigeant, le seul fait de relever ce délit pénal à l'encontre des dirigeants du groupe ne permet pas d'étendre à ces derniers ou à la société dominante, la procédure collective atteignant les filiales lorsqu'elles possèdent une comptabilité propre et des patrimoines distincts, en un mot, lorsqu'elles ne forment pas avec eux une seule et même entreprise. La Cour de Paris, par arrêt du 11 mai 1964 (203), l'a nettement souligné. En l'espèce, une banque avait, pour sûreté, des créances qu'elle détenait contre deux sociétés d'un groupe, pris un nantissement sur le fonds de commerce de deux autres sociétés du groupe. Et la Cour de juger qu'« il n'est pas contestable qu'un tel acte était irrégulier et de nature à constituer un abus de biens sociaux », et d'ajouter que « ... si les gérants des deux sociétés qui voyaient ainsi grever leurs fonds ont entendu favoriser l'octroi de crédits à d'autres sociétés dans lesquelles ils avaient des intérêts, il ne s'ensuit pas que ces diverses sociétés formaient une seule et même affaire... ». En outre, l'unité de patrimoine et d'entreprise peut exister alors pourtant que la compénétration patrimoniale ne serait pas dommageable, par exemple, lorsque chaque prélèvement trouve sa contrepartie dans un prélèvement antagoniste ou l'octroi d'avantages équivalents. L'exigence d'un préjudice est, en effet, également étrangère à une extension de faillite reposant sur les principes du droit commun de la personnalité morale. Ce ne sont pas les seules sociétés bénéficiaires des concours financiers qui risquent de se voir étendre la procédure collective affectant les sociétés appauvries : l'assistance fournie, comme l'appui reçu (204), peuvent en effet également traduire l'unité patrimoniale. Ce n'est pas seulement la société qui s'est servie des fonds d'une autre qui peut être entraînée dans la « faillite » de celle-ci, mais aussi la société appauvrie, qui a fait les frais de l'opération, en cas de cessation des paiements de celle qui a été l'auteur de l'abus. Et pour cela, il suffit que les mouvements de fonds entre sociétés apparemment distinctes révèlent l'existence d'un patrimoine global, composé des différents patrimoines des sociétés du groupe. Il faut que les circonstances montrent que le défendeur a effectivement géré le groupe comme une entreprise unique et manifesté sa volonté de considérer les différents patrimoines des sociétés du groupe comme un patrimoine unique, mobilisable à sa guise. Comme l'affirme encore la Cour de Paris (205), « il est de principe constant que la liquidation des biens d'une

(203) Paris, 11 mai 1964, JCP, 1964, II, 13835 ; RTDco, 1964, p. 832, obs. HOUIN.

(204) On notera que dans l'espèce précitée (Paris, 22 nov. 1976), la société de gestion et d'administration, à laquelle la liquidation des biens a été étendue, bénéficiait du versement de fonds de la société L.R.M., déjà soumise à cette mesure.

(205) Paris, 3^e ch., 27 février 1976, inédit (aff. SCI « Résidence des Verrières » et alt.).

personne physique ou morale peut être étendue à toute autre personne morale lorsque leur collaboration étroite se traduit par une véritable unité d'entreprise et qu'il n'est possible de dissocier ni l'activité, ni le patrimoine de chacune d'elles ». A ce point de vue, l'arrêt précité de la Cour de Paris, en date du 22 novembre 1976, encourt donc la critique : le fait pour un groupe de se servir d'une société membre comme d'une société financière ne peut, à lui seul, révéler l'unité d'entreprise des sociétés groupées, ni l'impossibilité d'une distinction entre elles. La confusion patrimoniale, lorsqu'on prétend l'induire de l'existence de mouvements de fonds inter-sociétés, réclame en effet la réunion de certaines conditions.

B - CONDITIONS D'UNE CONFUSION DES PATRIMOINES

438. — L'unité patrimoniale suppose évidemment le constat de circonstances objectives démontrant l'existence d'un actif et d'un passif uniques confondus. Mais les mouvements de fonds entre sociétés groupées peuvent s'interpréter de différentes manières : il peut s'agir de rapports de financement normaux entre sociétés ayant conservé leur autonomie juridique, un actif et un passif propres ; mais ils peuvent aussi s'analyser comme des flux internes intervenant à l'intérieur d'un seul et même patrimoine. Aussi la jurisprudence recherche-t-elle généralement si, en l'état des faits relevés, on peut ou non dégager la volonté des dirigeants de considérer les différents patrimoines sociaux comme un patrimoine unique, mobilisable à leur guise. L'unité d'entreprise ne sera ainsi établie de la manière la plus proche de la réalité, qu'après une analyse de la nature des opérations accomplies et des intentions profondes des défenseurs qui s'en dégagent.

439. — 1^o) Les échanges financiers dans un groupe sont retenus à titre d'indices démonstratifs de l'existence d'un ensemble patrimonial unique. Il est cependant nécessaire qu'ils soient assez nombreux et assez importants, de telle sorte qu'ils excèdent « les facilités que peuvent se consentir deux sociétés d'un même groupe » (206). Nombreux sont les comportements relevés par la jurisprudence, d'ailleurs le plus souvent constitutifs d'un financement indirect, qui permettent d'établir la confusion des patrimoines : par exemple, et pour ne citer que ceux-là, le paiement des dettes de l'une des

(206) Paris, 3^e ch., 13 décembre 1969, RTDco 1970, 505 ; adde T. com. Paris, 27 juin 1978, inédit, ch. sp., aff. Boussac « il ressort de tout ce qui précède que les sept sociétés comparantes... sont très étroitement liées entre elles et avec les vingt et une sociétés déjà en règlement judiciaire, et que leurs relations réciproques, notamment sur le plan financier, vont au-delà des rapports qui existent normalement entre les sociétés d'un même groupe ; il en résulte une véritable confusion de leurs patrimoines, qui justifie que l'écran de la personnalité morale des sociétés en cause soit levé afin de pouvoir saisir la réalité économique et financière, dans l'intérêt des créanciers ».

sociétés du groupe par une autre et réciproquement (207) ou la prise en charge des déficits d'une autre société du groupe (208). La Cour de Paris (209) a eu à connaître des circonstances particulièrement typiques d'une confusion des patrimoines. En l'espèce, une SARL (ART) et une société civile immobilière (BERSEMONT) avaient été constituées par les sieurs S. et B., respectivement gérants de la SARL et de la SCI. D'une part, celle-ci avait donné à bail, à la société ART, un bien moyennant un loyer excessif et avait, par la suite, sans réduire ce loyer, ramené la superficie louée au quart de la superficie prévue dans les accords initiaux. D'autre part, la SARL avait obtenu un prêt d'un organisme de crédit dont le produit a été immédiatement transféré au crédit de la société civile. Celle-ci en distribua, peu après, le montant par moitié à S. et B. qui utilisèrent les fonds pour réaliser une augmentation de capital de la SARL (210) : la confusion des patrimoines était patente.

440. — Cependant, les seules opérations financières ne suffisent pas à établir l'unité patrimoniale du groupe. Dans l'espèce précitée, soumise à la Cour de Paris, du 27 juin 1977, les sociétés avaient, en outre, le même siège social et les mêmes associés (211). Sans doute, la situation des groupes n'est-elle guère favorable. Outre que les sociétés qui y appartiennent possèdent parfois le même siège (situé dans un immeuble appartenant à une SCI membre du groupe) et les mêmes associés, elles sont, en effet, par définition, soumises à une direction unique. Or, ce dernier indice est l'un de ceux que retiennent traditionnellement les magistrats pour prononcer l'extension de la mesure collective d'une société à une autre (212). Mais la jurisprudence se garde cependant d'un excès de sévérité lorsque les rapports de financement inter-sociétés, même privilégiés, sont plus proches des

(207) Paris, 6 janvier 1966, RTDco 1966, p. 1008 et 1009, obs. HOUIN.

(208) Aix-en-Provence, 7 juillet 1966, aff. groupe Soulet, inédit.

(209) Paris, 3^e ch., 27 juin 1977, inédit (aff. SCI Bersemont, T. Berluti).

(210) Les circonstances de cette affaire rappellent, dans une certaine mesure, l'affaire Agache-Willot (T. corr. Paris, 16 mai 1974, GP 17.12.1974, 886 et s.). On se souvient, en effet, que les frères Willot avaient notamment utilisé les fonds de trésorerie de la société du Bon Marché pour acquérir le contrôle de cette société. Ils avaient également utilisé à cette fin l'écran d'une société de leur groupe (la société « La Lys ») qui se vit avancer les fonds du Bon Marché pour en créditer immédiatement les frères Willot. C'est là, aussi, une confusion manifeste des patrimoines qui aurait pu, le cas échéant, justifier l'extension aux frères Willot d'une éventuelle procédure collective affectant la société du Bon Marché ou la société La Lys, pour limiter l'exemple à ces dernières sociétés.

(211) Cf. la formule de la Cour de Paris : « que de telles opérations, réalisées par des sociétés ayant le même siège social et les mêmes associés constituent la confusion de leur patrimoine justifiant la mesure prise par les premiers juges ».

(212) Ainsi, la Cour de Paris (6 juillet 1966, précité) a-t-elle fondé la mesure d'extension sur le fait que non seulement les dettes de l'une des sociétés étaient payées par l'autre, et réciproquement, mais aussi sur cette constatation que les deux sociétés fonctionnaient sous une direction unique, l'une possédant en outre les trois-quarts du capital de l'autre.

pratiques habituelles (213). Elle exige alors une véritable imbrication administrative et commerciale (214). La solution a été très clairement admise par la Cour d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 10 avril 1974 (215).

Après avoir relevé que « deux sociétés ayant des associés communs, il n'est pas étonnant que des rapports étroits aient existé entre elles », la Cour rappelle qu'il est nécessaire, pour étendre la procédure collective de l'une des sociétés à l'autre sur le fondement de la confusion patrimoniale, d'« apprécier si l'interpénétration qui s'en est suivie a ou non abouti, sinon à une totale communauté patrimoniale, tout au moins à des imbrications de cet ordre, telles que ces sociétés doivent être considérées comme les éléments d'une même entreprise... ». En l'espèce, la Cour a décidé que « lorsqu'une société, dont il n'est pas établi qu'elle ait été affectée dans son activité commerciale et sa situation financière par le règlement judiciaire prononcé contre une autre société, a auparavant bénéficié, à trois reprises, d'un soutien de celle-ci (sous la forme d'un appui financier direct en juillet 1970, d'une aide destinée à lui éviter des difficultés patrimoniales en septembre 1970, d'un crédit sur fournitures en juin et juillet 1971, alors qu'il n'est nullement prouvé qu'il n'en a pas été consenti au même moment à d'autres clients), ces circonstances, si elles démontrent l'existence d'avantages déterminés et limités, accordés par la seconde société à la première, n'établissent pas une interpénétration de ces deux sociétés telle qu'il ait existé entre elles une confusion de leurs patrimoines qui, en l'état des éléments avancés par le syndic, apparaissent comme étant nettement distincts ».

La Cour de Colmar par arrêt du 21 mars 1972 (216), est même allée beaucoup plus loin, en refusant de prononcer la mesure d'extension demandée, alors qu'une société avait cessé son exploitation et s'était dépouillée d'une partie appréciable de ses actifs pour garantir le passif d'une autre société qui détenait la quasi totalité de son capital et était dirigée par les mêmes personnes qu'elle. La solution a pu surprendre (217) mais se justifiait par ce double fait que non seulement les sociétés possédaient un siège social distinct, mais, surtout, n'avaient cessé de tenir une comptabili-

(213) Il est bien évident que le fait de faire systématiquement payer les dettes des sociétés les unes par les autres, de même que celui de détourner un emprunt de sa finalité normale en faisant transiter le produit par divers patrimoines interposés, n'ont rien de pratiques normales. En revanche, on comprendra que la société tête de file d'un groupe fasse fonction de centrale d'achats et contracte, seule, des dettes pour les marchandises destinées aux autres sociétés du groupe lorsque le but poursuivi est de permettre à ces dernières de se constituer un fonds de roulement et, par conséquent, de les financer indirectement (en ce sens, Paris 11 mai 1964, JCP 1964, 13835, obs. J.A., qui écarte la demande d'extension alors pourtant qu'il existait une direction unique, les autres sociétés apparaissant comme des prête-noms).

(214) Pour un exemple d'une telle imbrication, v. Paris, 23 janvier 1974, rev. jur. com. 1974, 27, note BIGOT.

(215) Aix-en-Provence, 10 avril 1974, D.S. 1974, somm. 98.

(216) Colmar, 21 mars 1972, RTDco 1973, 357, obs. HOUIN.

(217) HOUIN, obs. cit.

té propre. En réalité, plus que les mouvements de fonds eux-mêmes, qui, après tout, ne sont que des indices librement interprétés et appréciés par les juges, c'est l'intention que ces derniers croiront déceler chez les dirigeants sociaux qui paraît déterminante.

441. — 2°) L'unité patrimoniale n'apparaît avec évidence que si les contrôleurs ont manifesté leur intention de considérer les transferts de fonds inter-sociétés, non comme de véritables prêts et avances que se consentiraient des personnes juridiquement distinctes, mais comme de simples flux financiers internes, intervenant entre différents départements d'une même entreprise. La Cour de Paris, par son arrêt du 13 décembre 1969 (218) le souligne nettement : « les faits relevés par l'expert montrent bien que pour les frères DELOIX, les sociétés de leur groupe ne formaient qu'une entreprise unique, dont ils disposaient à leur guise et que, pour les besoins de cette entreprise unique, ils confondaient les patrimoines de leurs diverses sociétés... ».

Or, cet état d'esprit des dirigeants, cette faculté dont ils s'investissent d'utiliser les actifs des sociétés groupées aussi librement que s'il s'agissait de leur propre chose, pourront en particulier être déduits des manœuvres dont ils usent en vue de vider l'une des sociétés du groupe « de sa substance ». Un autre arrêt de la Cour d'Appel de Paris (219) en donne une illustration remarquable. En l'espèce, une société anonyme MOYNET avait été déclarée en liquidation des biens à la requête d'une autre société anonyme SYNCHROLUB qui a dû, à peine deux ans plus tard, déposer elle-même son bilan. D'abord admise au règlement judiciaire, cette dernière société fut déclarée en liquidation de biens par le Tribunal de commerce de Paris qui a ordonné la jonction de cette procédure avec celle dont la société MOYNET faisait l'objet et l'ouverture d'une masse commune, passive et active, des deux sociétés. Il était, en effet, apparu aux magistrats que la société MOYNET, qui, sous l'impulsion de nouveaux actionnaires, s'était trouvée en moins de deux ans acculée à la ruine, avait été dépouillée au profit de la société SYNCHROLUB, dont le Conseil d'administration était composé d'abord des mêmes personnes et, plus tard, de personnes parentes et alliées. Les rapports des experts montraient que les opérations passées entre les sociétés étaient « frauduleuses et n'avaient d'autre but que de s'approprier les actifs de la société MOYNET ». Le « processus qui devait conduire la société SYNCHROLUB à s'approprier les actifs de la société MOYNET » comportait essentiellement la mise à disposition de la seconde par la première, de fonds importants, puis d'une mise en demeure adressée à l'emprunteuse d'avoir à rembourser les capitaux prêtés (alors que, vraisemblablement, les dirigeants de la prêteuse connaissaient l'impossibilité où elle se trouvait de rembourser à bref délai), enfin une dation

(218) Paris, 13 décembre 1969, précité.

(219) Paris, 3^e ch., 7 avril 1978, inédit (aff. Pons, Stein, société Synchronlub).

en paiement par MOYNET, en place du remboursement dont elle était incapable, de son matériel, de ses brevets et de tout son matériel roulant, au profit de la société SYNCHROLUB qui bénéficiait également du transfert de son personnel. La Cour d'Appel de Paris devait en conclure la confusion des patrimoines des deux sociétés justifiant la jonction des procédures collectives ouvertes à leur encontre. Cette décision mérite d'être approuvée : il s'agissait d'une confusion de patrimoines et d'exploitation, sciemment organisée par les dirigeants communs, en vue du pillage d'un patrimoine social au profit de l'autre. La volonté de confondre les patrimoines des deux sociétés était ainsi clairement établie.

CONCLUSION DU TITRE II

442. — Les créanciers d'une société défaillante (ou seulement, à l'égard du créancier fiscal, insuffisamment bénéficiaire) sont-ils suffisamment protégés par les dispositions actuelles du droit français lorsque la ruine ou le déficit de leur débiteur est, au moins pour partie, imputable à des transferts de ressources opérés par prêts et avances au profit du groupe, ou doit-on envisager la création de règles nouvelles qui assureraient, par un recours direct contre la société dominante, une protection plus complète et plus efficace de leurs intérêts ? A notre sens, cette deuxième éventualité devra être résolument écartée, et ce, pour la double raison qu'une réglementation spéciale serait inutile et reposerait sur une fiction.

Elle serait d'abord inutile car nous avons pu observer qu'aussi bien les règles classiques de la responsabilité civile, surtout aménagées dans le sens d'une plus grande sévérité (article 99, loi du 13 juillet 1967), de même que le droit fiscal et celui de la « faillite », étaient susceptibles d'une adaptation à la diversité des situations de groupe : quand la distribution du crédit à l'intérieur d'un groupe s'avère fautive ou non respectueuse de l'autonomie patrimoniale de ses membres, les structures juridiques sont écartées et volent parfois en éclats et ce, par application des principes classiques de ces différents domaines juridiques. La société dominante engage sa responsabilité ; le groupe lui-même est menacé dans son essence. Est-il alors bien raisonnable, dans ces conditions, d'obliger la société-mère à prendre en charge les dettes de ses filiales ou à désintéresser directement leurs créanciers ? Ne doit-on pas estimer que, de toute façon et qu'il existe ou non un texte exprès, la société dominante s'efforcera de suivre l'une ou l'autre de ces voies sachant les risques que lui ferait encourir son éventuelle passivité ? Et comment pourrait-on sanctionner l'inexécution de son obligation autrement qu'en recourant aux procédés offerts par le droit positif ?

Inutile, une réglementation spéciale, dans la mesure où elle obligerait directement la société dominante aux dettes des sociétés qu'elle domine, nous paraît également reposer sur une fiction : comment pourrait-on

adhérer à un système reposant sur une solidarité passive générale des sociétés dominantes lorsque l'on sait que, dans la pratique, maintes filiales contrôlent par des voies détournées leur propre mère ? (220).

Une réglementation uniforme ne semble donc pas souhaitable puisqu'elle se référerait toujours, implicitement mais nécessairement, à un modèle abstrait de groupe qui, trop souvent, ne correspond guère à la réalité. En comparaison, il semble beaucoup plus opportun de maintenir les règles habituelles qui, parce que leur application est commandée par des mécanismes propres à chacune des branches de droit concernée, peuvent être dosées à l'infini et épouser la situation particulière des groupes en cause.

(220) V. par ex. OPPETIT et SAVAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de société », *Rev. soc.* 1973, 577 et s. ; RODIERE, « Réflexions sur les avant-projets... », *chr. précit.*, *D.S.* 1977, 127 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

443. — En commençant cette étude, nous avons affirmé la nécessité d'une libre circulation des capitaux dans le groupe, qui apparaît comme l'une des conditions majeures de l'avenir de la formule du groupe de sociétés en tant que modèle de croissance. Dès l'introduction, et tout au long des développements subséquents, nous montrions qu'aucune technique juridique ne se prêtait mieux à la réalisation d'une politique de plein emploi des fonds disponibles dans un groupe que celle des prêts et avances. De la faveur réservée par le droit français aux prêts et avances inter-groupe, dépendent donc pour l'essentiel les conditions d'une autosatisfaction des besoins financiers du groupe, et au-delà, de son bon fonctionnement.

444. — Or, si l'on veut porter un jugement d'ensemble, on pourra constater que les obstacles érigés par le droit positif à l'encontre de ces procédés de financement paraissent assez réduits, pourvu seulement que la société prêteuse n'ait pas adopté la forme de S.A.R.L. Un tel jugement reste cependant superficiel et il convient de le nuancer. En effet, le droit français ne place nullement sur un pied d'égalité tous les groupes de sociétés : seuls occupent une place privilégiée, les véritables groupes économiques, c'est-à-dire ceux qui, par le jeu de participations majoritaires, forment un ensemble hiérarchisé de sociétés, articulées en vue d'une organisation rationnelle du travail et dont les activités sont assez proches et complémentaires pour constituer un bloc économiquement cohérent.

En revanche, les autres groupes, composés de sociétés qui, bien qu'elles soient dominées par les mêmes personnes physiques ou morales, persistent pour l'essentiel à être gérées comme des entreprises indépendantes, ne bénéficient d'aucun traitement particulier. Ne constituant pas une structure économique homogène, ces groupes n'en éprouvent d'ailleurs guère le besoin, contrairement aux premiers qui exigent pour la pleine efficacité de leur politique de développement et pour leur équilibre, voire leur survie, d'intenses échanges de fonds et une ouverture constante des patrimoines de leurs membres.

La première conclusion importante qui s'impose, aux termes de cette étude, est donc le constat d'une réelle discrimination en droit français entre les groupes de sociétés : c'est seulement au profit de certains d'eux que la règle juridique rejoint le besoin économique pour en faciliter la satisfaction.

445. — L'observation peut, certes, surprendre puisque l'on affirme traditionnellement que le droit français ignore totalement le groupe de sociétés. En réalité, on a montré que l'assertion est inexacte : seul, en

définitive, le droit des sociétés semble ignorer les groupes de sociétés, mais non pas le droit bancaire, ni le droit fiscal, ni même le droit de la « faillite », même si en ce qui concerne ce dernier cette reconnaissance se fait dans une large mesure in pejus.

Encore faut-il immédiatement ajouter que le droit français des sociétés n'interdit à aucun moment d'utiliser les capitaux des sociétés membres d'un groupe dans l'intérêt général de celui-ci, pas plus, au demeurant, qu'il n'empêche de conclure des opérations de prêts et avances à des taux préférentiels, voire même gratuitement.

Nous avons remarqué que la gestion et le placement des disponibilités des sociétés groupées pouvaient poursuivre l'intérêt du groupe qui ne se confond ni avec l'intérêt de la société dominante, ni avec celui de ses contrôleurs. Le contraire eût d'ailleurs été étonnant, puisqu'en droit français cet intérêt du groupe n'est pris en considération que si sa poursuite permet d'accroître ou de diversifier les avantages de toutes natures que recherche une société à travers son action et qui pourront, en dernière analyse, permettre une amélioration du sort de ses associés. En ce sens, la notion d'intérêt du groupe « enrichit » la notion d'intérêt social et confère au capital dirigeant la société une latitude plus grande dans sa gestion : cette dernière pourra, dans l'immédiat, entraîner un certain préjudice pour l'une ou l'autre des collectivités membres du groupe, pourvu qu'une contrepartie ultérieure lui soit offerte en échange des sacrifices consentis.

Dans ce système, le droit français ne paraît nullement inadapté au phénomène des groupes de sociétés : il permet une gestion au vu d'objectifs de groupe, alors pourtant que les opérations passées avec des sociétés groupées réservent toujours, par hypothèse, un avantage propre et exclusif aux majoritaires. Mais il interdit, ce qui n'est pas contradictoire, puisque l'intérêt social, même compréhensivement conçu, reste la valeur centrale, de donner à la notion d'intérêt du groupe une valeur justificative quelconque. Un sacrifice non compensé, imposé par le pouvoir majoritaire dans l'intérêt du groupe, ne saurait être opposé aux actionnaires minoritaires.

446. — On aperçoit alors aisément le caractère totalement arbitraire de l'interdiction absolue de certains prêts inter-groupe : présumer irréfragablement que l'intérêt social ne coïncide pas avec l'intérêt du groupe est aussi artificiel que de poser, dans les mêmes termes, le contraire. Tout conduit, par conséquent, à préférer un système orienté vers le contrôle de l'intérêt que présente l'opération pour la société. Toutefois, il faut bien reconnaître que les règles de contrôle, telles qu'elles sont actuellement instituées, représentent bien plus une entrave au fonctionnement normal du groupe qu'un élément d'une utile protection des intérêts minoritaires qu'elles sont censées sauvegarder. En particulier, comme on l'a noté, l'obligation des dirigeants intéressés de ne point prendre part au vote sur les conventions soumises à la procédure de contrôle n'empêchera pas, dans la réalité, les autres administrateurs, non interdits de vote, de se conformer aux injonctions de la société dominante. Pourtant, l'examen de la procédure de contrôle nous a permis de mettre en lumière deux éléments intéressants.

447. — Le premier concerne l'égalité des conditions contractuelles pour un même type d'opérations : l'uniformité des taux d'intérêts en usage dans les groupes pour des prêts et avances relevant d'une catégorie donnée (court ou long terme), quel que soit par ailleurs leur montant, donne un caractère normal à l'opération, même s'ils paraissent très inférieurs à ceux du marché et aux conditions d'une situation de pleine concurrence. Cette analyse, initiée par le juge de l'impôt, mais rendue possible par les dispositions du droit français des sociétés, manifeste la souplesse des règles positives et témoigne, une fois de plus, qu'en dépit de sa spécificité le fonctionnement des groupes, et en particulier la constitution d'un circuit indépendant de crédit en leur sein, ne sont pas compromis.

448. — Mais l'examen des règles légales de contrôle, cette fois-ci non plus dans leur domaine d'application, mais dans leur contenu, a permis en outre de dégager ce qui, en définitive, permettra la protection la plus efficace des intérêts minoritaires dans le groupe : l'intervention des commissaires aux comptes. Il paraît souhaitable que ceux-ci, rompant avec d'assez vieilles habitudes, retracent toutes les opérations passées par la société avec le groupe auquel elle appartient, dans toutes leurs modalités. De plus, leur mission devrait logiquement s'étendre à la description du contexte particulier des opérations relatées, celui de la politique suivie dans le même temps par le groupe, en les confrontant avec l'ensemble des avantages et des inconvénients résultant, au cours d'une même période, de l'appartenance de la société contrôlée à celui-ci. A cette fin, les prérogatives des commissaires pourraient utilement être étendues. Par exemple, la possibilité pourrait leur être reconnue d'opérer leurs investigations dans les comptes de toute société contrôlée, même à moins de 50 %, de même qu'il paraît judicieux de les délier partiellement du secret professionnel pour leur permettre d'échanger des renseignements avec ceux de leurs confrères chargés de l'examen des comptes des autres sociétés appartenant au groupe.

C'est, en effet, seulement à ce prix que sera assurée une véritable transparence des opérations de financement effectuées à l'intérieur du groupe, cette transparence pouvant, seule, apaiser les craintes des actionnaires minoritaires, et, le cas échéant, leur donner les moyens de preuves nécessaires au soutien de toutes actions en sanction des abus constatés.

449. — Mais, s'il importe d'assurer un surcroît de protection des intérêts minoritaires, en améliorant en particulier leur information, une telle préoccupation ne paraît pas de mise s'agissant des créanciers de l'une ou l'autre des sociétés du groupe, tombée en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. De fait, nous avons montré que lorsque la société dominante a failli à son « obligation » de maintenir un patrimoine minimum au sein de chacune des sociétés qu'elle contrôle, les tiers créanciers disposent d'armes extrêmement redoutables.

En effet, outre la possibilité d'une mise en œuvre de la responsabilité des sociétés dominantes et l'existence de moyens d'action réservés à l'administration fiscale, le droit français offre aux créanciers des sociétés

groupées, en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, des procédés propres à étendre leur gage en faisant tomber dans leur intérêt le cloisonnement patrimonial des sociétés du groupe.

450. — Faut-il, dans ces conditions, appeler de ses vœux une réglementation particulière des prêts et avances entre sociétés groupées et, généralement, un droit français des groupes de sociétés ? Tout conduit à répondre par la négative car s'il est vrai que divers obstacles, dont certains, d'ailleurs, mériteraient d'être supprimés purement et simplement, comme l'interdiction péremptoire de l'opération par l'article 51 de la loi du 24 juillet 1966, s'opposent à leur libre conclusion et que des dangers non négligeables naissent de ces pratiques, le droit français, dans son état actuel, n'est pas impuissant à y parer. Plutôt que de procéder à un bouleversement profond et, en définitive, sans nécessité de la matière qui, vraisemblablement, irait dans le sens de l'édiction de règles plus contraignantes à l'égard des groupes, il paraît plus judicieux de maintenir les règles fondamentales de notre droit et de laisser à la jurisprudence le soin de les adapter. Le droit français a été si souvent dénoncé comme inadapté et insuffisant pour régir le phénomène des groupes de sociétés que l'opinion juridique est encore agitée par un prurit de réformes. La démonstration du contraire, à propos d'un type d'opérations caractéristiques du fonctionnement des groupes, méritait ainsi d'être entreprise.

ANNEXE

Instruction du Comité d'organisation professionnelle des banques du 7 octobre 1941

CE QUE SONT ET CE QUE PEUVENT FAIRE LES PERSONNES ET ENTREPRISES VISÉES A L'ARTICLE 27-2° DE LA LOI DU 13 JUIN 1941

Les lois des 13 et 14 juin 1941 ont pour objet de réglementer les entreprises qui effectuent professionnellement certaines opérations communément considérées comme opérations de banque ; elles ne régissent les entreprises étrangères à ces activités que sur un seul point : l'interdiction de recevoir du public des dépôts à vue ou à moins de deux ans.

Les entreprises soumises aux lois des 13 et 14 juin comme effectuant professionnellement des opérations de banque sont distinguées en deux catégories :

- 1 - les banques, c'est-à-dire les entreprises ou établissements qui font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôt ou autrement, des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte en opérations d'escompte, de crédit ou en opérations financières ;
- 2 - les entreprises et personnes visées à l'article 27-2° de la loi du 13 juin, qui effectuent certaines opérations de banque, sans constituer des banques.

La présente note a pour objet de **préciser ce que sont et ce que peuvent faire les entreprises et personnes visées à l'article 27-2°.**

Ces entreprises et personnes sont, aux termes de la loi, celles qui effectuent les deux sortes d'opérations suivantes :

- 1 - servir de commissionnaires, courtiers ou intermédiaires dans les opérations sur effets ou sur titres, sans travailler pour leur propre compte comme travaillent les banques ;

- 2 - effectuer pour leur compte des opérations de crédit, à court ou à moyen terme, ou des opérations d'escompte, avec des fonds non reçus du public, alors que les banques effectuent ces mêmes opérations avec des fonds reçus du public (1).

Toute entreprise ou personne qui n'entre pas dans l'une de ces deux catégories doit être considérée comme n'étant pas soumise à l'article 27-2° ; suivant le cas, ou bien elle constitue une banque, ou bien elle reste en dehors de la législation des 13 et 14 juin 1941.

Il convient d'étudier ces différents points en examinant les problèmes que posent :

- a) l'activité des entreprises et personnes visées à l'article 27-2°, comme intermédiaires sur titres et effets ;
- b) l'activité des mêmes entreprises et personnes effectuant, pour leur compte, des opérations de crédit ou d'escompte ;
- c) la situation des entreprises et personnes qui sont exclues par le caractère de leurs opérations, des professions soumises à l'article 27-2°.

A - OPÉRATIONS D'INTERMÉDIAIRES

Pour les entreprises et personnes qui réalisent des opérations d'intermédiaires sur titres ou sur effets, toutes les difficultés qui se présentent, se rattachent à la question suivante : comment peuvent-elles travailler avec leurs clients qui leur remettent des fonds en vue d'opérations déterminées ?

La loi répond en autorisant les dépôts avec affectation spéciale, à condition que le dépositaire n'ait pas la faculté de disposer à **son profit** des fonds déposés, en attendant leur affectation. En conséquence, les fonds remis en vue de telle opération (achat de titres, par exemple) ou les fonds provenant d'une opération déterminée (vente de titres et encaissement de coupons, par exemple) pourront être :

- soit conservés par la personne ou entreprise dans ses caisses ;
- soit déposés à la Banque de France ;
- soit déposés par elle dans une banque (*).

(1) Il n'est pas fait état, dans la présente note, des opérations de change dont le régime pose certaines questions particulières : mais en principe, tous les changeurs sont compris, sans que se présente aucune question, dans les entreprises et personnes régies par l'article 27-2°.

(*) Nota : Le Comité pourrait également admettre que ces fonds seraient, avec l'accord du client, employés en bons du Trésor à court terme.

B - OPÉRATIONS DE CRÉDIT OU D'ESCOMPTE AVEC DES FONDS NON REÇUS DU PUBLIC

Il convient d'abord de rappeler que, aux termes mêmes de l'article 27-2°, les seules opérations de crédit d'où puisse résulter l'assujettissement des entreprises et personnes à l'application dudit article, sont des opérations à court terme ou à moyen terme ; pour les opérations à long terme, voir ci-après paragraphe C.

Pour qu'une entreprise ou personne soit comprise dans les professions de l'article 27-2°, il faut qu'elle réalise ces opérations de crédit ou d'escompte avec des fonds non reçus du public ; c'est par là que ces entreprises et personnes se distinguent des banques qui, elles, effectuent les mêmes opérations de crédit ou d'escompte mais avec des fonds reçus du public.

Il convient donc de préciser nettement **ce qu'il faut entendre par « fonds reçus du public »**.

L'article 2 de la loi du 13 juin est très général dans ses termes : « sont considérés comme fonds reçus du public... les fonds qu'une entreprise ou personne reçoit, sous une forme quelconque, de tiers ou pour le compte de tiers, à charge de les restituer ». Cette formule très générale est tempérée par une série d'exceptions et de précisions qui en éclairent le sens.

Ne sont pas considérés comme fonds reçus du public, tant d'après la loi elle-même, qu'en vertu des interprétations que pourrait admettre le Comité :

- a) les fonds propres, capital et réserves, même si ces fonds proviennent d'une émission dans le public ;
- b) les fonds remis à une société de personnes ou à une société à responsabilité limitée par les associés, gérants ou non gérants ;
- c) les fonds remis à une société par actions, soit par ses administrateurs ou gérants, soit par certaines personnes unies à l'activité de l'affaire par des liens particulièrement étroits (commandités de sociétés en commandite par actions, actionnaires possédant une part importante de l'affaire ou qui ont donné à cette affaire leur garantie personnelle pour une somme représentant une part importante de ses engagements, etc...) ;
- d) les fonds empruntés à des banques ou à des entreprises régies par l'article 27-2°, au moyen d'avances, escomptes, mises en pension d'effets, ou de toute autre manière ;
- e) les fonds déposés par le personnel, à condition que ces dépôts ne dépassent pas 10 % du capital, tel qu'il a été antérieurement défini par le Comité ;
- f) les fonds qu'une société reçoit de sa société-mère, d'une filiale ou de sociétés d'un même groupe économique, à condition que la société qui reçoit les fonds et celles qui les remettent soient unies dans leur patrimoine et leur activité, dans des conditions que le

Comité appréciera en tenant compte, non seulement des liens juridiques qui les rapprochent, mais encore de leurs rapports de fait. C'est ainsi que des entreprises, si étroitement liées qu'elles constituent en réalité une véritable unité économique homogène, ne peuvent être considérées comme recevant des fonds du public lorsqu'elles se fournissent les unes aux autres les fonds qu'elles emploient à leurs opérations.

En conséquence, une entreprise ou personne qui fait des opérations de crédit ou d'escompte avec des fonds qu'elle se procure exclusivement par l'un des procédés énumérés de a) à f) est régie par l'article 27-2° et ne doit pas demander son inscription sur la liste des banques.

Par contre, la loi spécifie que les fonds provenant d'une émission d'obligations sont toujours considérés comme fonds reçus du public, même si la totalité des obligations est souscrite, à l'origine, par l'une des personnes qui ne font pas partie du public, conformément aux dispositions qui précèdent. En conséquence, si une entreprise ou personne veut se procurer, par des émissions d'obligations ou de bons, les capitaux qu'elle emploiera à des opérations de crédit ou d'escompte, elle doit obligatoirement demander son inscription sur la liste des banques ; il est sans intérêt que les opérations qu'elle compte effectuer avec les fonds ainsi recueillis soient des opérations de crédit à court, moyen ou long terme ou des prises de participations financières.

C - L'ARTICLE 27-2° NE RÉGIT AUCUNE ENTREPRISE OU PERSONNE EN DEHORS DE CELLES QUI SONT CI-DESSUS INDIQUÉES

Quiconque n'effectue pas l'une des deux séries d'opérations ci-dessus prévues (intermédiaires dans les opérations sur titres et effets, opérations de crédit à court, à moyen terme, opérations d'escompte avec des fonds non reçus du public) n'est pas compris dans les professions régies par l'article 27-2°. Tel est, par exemple, le cas pour les entreprises et personnes qui effectuent, pour leur compte, des opérations de crédit à long terme avec des fonds non reçus du public, l'article 27-2° étant formel pour ne comprendre, parmi les entreprises et personnes qui font des opérations de crédit, que celles qui effectuent des opérations à court ou à moyen terme.

En conséquence, les entreprises et personnes qui ne sont pas visées à l'article 27-2° se répartissent de la manière suivante :

- a) ou bien elles effectuent, avec des fonds reçus du public et pour leur propre compte, l'une des opérations prévues à l'article 1 de la loi du 13 juin 1941,
- et elles constituent des banques soumises à l'inscription sur les listes des banques ;

- b) ou bien elles ne satisfont pas aux conditions prévues par la loi pour l'inscription sur les listes des banques,
- elles restent en dehors de la législation des 13 et 14 juin, si ce n'est en ce qui concerne l'interdiction de recevoir du public des fonds en dépôt à vue ou à moins de deux ans.

Tout au plus, certaines de ces entreprises et personnes peuvent-elles être soumises à la déclaration d'activité que prévoit l'article 5 de la loi du 14 juin 1941.

BIBLIOGRAPHIE

I - TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 6^e éd., par ESMEIN, Librairies Techniques, 1951.
- BRANGER, Traité d'économie bancaire, P.U.F., 1968.
- COZIAN, Fiscalité des entreprises, Librairies Techniques, 1978.
- DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, Paris, P.U.F., 1973.
- DUPONT-DELESTRAINT, Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales, Dalloz, 2^e éd., 1980.
- ESCARRA et RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial, Sirey, 1959 ; Les sociétés commerciales, t. I, Sirey, 1950.
- FLOUR et AUBERT, Les Obligations, Armand Collin, 1975.
- GAVALDA et STOUFFLET, Droit de la Banque, Paris, P.U.F., 1974.
- HAMEL, Banques et Opérations de Banque, Paris, Rousseau, t. I, 1933.
- HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, Traité de droit commercial, Dalloz, 1966.
- HEMARD, TERRE et MABILAT, Sociétés Commerciales, Dalloz, t. 1, 1972 ; t. 2, 1974 ; t. 3, 1978.
- HOUPIIN et BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7^e éd., Sirey, 1935.
- JUGLART (de) et IPPOLITO, Droit commercial, Règlement judiciaire et liquidation des biens, Montchrestien, 1977.
- LARGUIER, Droit pénal des affaires, A. Collin, Coll. U., 1970.
- LAUNAIIS et ACCARIAS, Droit pénal spécial des sociétés, Dalloz, 1964.
- MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Les Obligations, t. 2, vol. I, Sirey, 1962.
- MAZEAUD (H. et L. et J.) par de JUGLART, Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, Montchrestien, 1973.
- MERLE et VITU, Traité de droit criminel, Cujas, 1967.
- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 5, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, 2^e éd., LGDJ, 1957 ; t. 6, 1^{re} partie, par ESMEIN, 2^e éd., LGDJ, 1952 ; 2^e partie, par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, 2^e éd., LGDJ, 1954.
- RIPERT et ROBLOT, Traité élémentaire du droit commercial, LGDJ, t. 1, 9^e éd., 1977, et t. 2, 8^e éd., 1976.
- RODIÈRE et RIVES-LANGE, Droit bancaire, Précis Dalloz, 1975.
- ROUSSELET et PATIN, Délits et sanctions dans les sociétés par actions, Sirey, 1938.
- STARCK, Droit civil, Les Obligations, Librairies Techniques, 1972.
- THALLER et PIC, Traité général théorique et pratique des sociétés commerciales, 1908.
- TOUFFAIT, AUDUREAU, ROBIN, LACOSTE, Délits et sanctions dans les sociétés, Sirey, 1973.
- TOUJAS et ARGENSON, Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite, 4^e éd., Librairies Techniques, 1973.
- VAVASSEUR, Des sociétés civiles et commerciales, 1921.
- WEILL et TERRE, Droit Civil, Les Obligations, Précis Dalloz, 1976.

II - THÈSES

- BALENSI, Les Conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, Collection Études juridiques, Economica, Paris, 1975.
- BECQUE, Théorie générale de la spécialité des personnes morales, Grenoble, 1908.
- BEJOT, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, Dijon, 1974.
- BERDAH, Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions, préf. BONASSIES, Bibliot. dr. com., t. 2, Sirey, 1974.
- BERR, L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Sirey, 1961.
- BRAUDO, Les conventions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1967, Paris, 1964.
- BRELIER, Groupes et groupements d'entreprises et taxes sur le chiffre d'affaires, dactyl., Paris II, 1971.
- BRILL, La filiale commune, dactyl., Strasbourg, 1975.
- BRUNELAT, La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant, Sirey, 1964.
- DUPEYROUX, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, LGDJ, 1955.
- GERMAIN, Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, dactyl., Nancy, 1974.
- GRUA, L'acte gratuit en droit commercial, dactyl., Paris I, 1978.
- HAEHL, Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, Librairies Techniques, 1981.
- HOVASSE, La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale, dactyl., Rennes, 1974.
- JADAUD, L'impôt et les groupes de sociétés, Paris, éd. Berger Levrault, 1970.
- JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Thèse Dijon, 1909.
- LEY, La responsabilité pénale du commissaire aux comptes, Paris II, 1977.
- MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Toulouse, 1920.
- PAILLUSSEAU, La Société Anonyme : technique d'organisation de l'entreprise, Paris, Sirey, 1967.
- PASTRE, Les financements inter-entreprises, aspects juridiques et fiscaux d'un circuit extra-bancaire de crédit, dactyl., Paris I, 1975.
- PIZZIO, Les établissements financiers : contribution à l'étude d'une institution para-bancaire, dactyl., Dijon, 1972.
- PRAT, La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client, Éd. Technique et documentation, 1980.
- RANDOUX, Le juste prix dans les relations industrielles et commerciales, Lille, 1973.
- RIVES-LANGE (M.T.), Le compte courant en droit français, LGDJ, 1969.
- ROUJOU de BOUBÉE, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961.
- SANZ, Le délit d'abus des biens ou du crédit, le délit d'abus des pouvoirs ou des voix, application aux dirigeants des groupes de sociétés, dactyl., Montpellier, 1975.
- SCHMIDT, Les droits de la minorité dans la S.A., Biblioth. dr. commercial, t. 21, Sirey, 1970.
- TARDIEU-NAUDET, Les créanciers du groupe de sociétés, dactyl., Aix, 1973.
- VANAECCKE, Les groupes de sociétés, LGDJ, 1959.
- VÉZIAN, La responsabilité du banquier en droit français, Montpellier, Librairies Techniques, 1974, rééd. 1977.

III - OUVRAGES SPÉCIAUX ET MONOGRAPHIES

- BASTIAN, Jurisclasseur sociétés, Verbis « contrats entre les administrateurs et la société », fasc. 130-5.
- BAUDEU, Les sociétés liées par une participation en capital, Librairies Techniques, 1973.
- BLAISE, Répertoire Droit Commercial, V^{is} « objet social ».

- BOUCOURECHLIEV, - Pour une S.A.R.L. européenne, Paris, P.U.F., 1973.
 - Faut-il réglementer les groupes de sociétés en France ? Résultats et perspectives d'une étude du C.R.E.D.A. Rapport Séminaire Liège, in « Les groupes de sociétés », Liège - La Haye, 1973.
- BRILMAN, Le redressement d'entreprises en difficulté, éd. Hommes et Techniques, 1978.
- BROOKE et REMMERS, La stratégie de l'entreprise multinationale, Sirey, 1973.
- BULLETINS DE LA CAISSE NATIONALE DES MARCHÉS :
 - n° 37 II C « La banque et le risque »,
 - n° 50 II C « Les circuits extra-bancaires de crédit »,
 - n° 60 II A « Les sociétés multinationales : financement et rapports avec les banques ».
- CABRILLAC, Jurisclasseur commercial V^{is} « Banque et Bourse », fasc. 5 et fasc. 58-B.
- CALAIS-AULOY, Encyclopédie Dalloz, sociétés, V^{is} « Société fictive ».
- CHEVALLIER, Inexistence, nullité et annulabilité, rapport général aux travaux de l'association H. Capitant T. XIV.
- COMMISSION des opérations de bourse, rapports pour les années 1974 et 1980, La documentation française.
- DELVAUX et REIFFERS, Les sociétés « holding » au Grand-Duché de Luxembourg, Sirey, 1969.
- DERRIDA : Encyclopédie Dalloz, droit commercial, V^{is} « Faillite (... modes de clôture) ».
- DUPONT (P.C.), Le contrôle des banques et la direction du crédit en France, éd. Dunod, 1952.
- FLEURIET, Pouvoir et finance d'entreprise, Droit et pratiques, Dalloz, 1977.
- (De) GAUDIN de LAGRANGE et RADOUANT, Répertoire civil Dalloz, V^{is} « Prescription Civile ».
- GERMAIN-MARTIN, Répertoire Dalloz, droit commercial, V^{is} « Banques et Établissements financiers ».
- GOFFIN, L'autofinancement des entreprises, Sirey, 1969.
- GUYON et COQUEREAU, Le commissariat aux comptes : Aspects juridique et technique, Librairies Techniques, 1971.
- HENRION, Aspects juridiques et économiques du crédit à court terme, Université de Bruxelles, 1973.
- HOUIN, - Répertoire Dalloz, sociétés, V^{is} « Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens »,
 - Communication au séminaire de Liège, 19-21 octobre 1972 in « Les Groupes de sociétés », Liège - La Haye, 1973.
- MERTENS, Dict. permanent de droit des affaires - Marché commun, Collection Jupiter, V^{is} « Coopération entre sociétés ».
- MEUNIER, De BAROLET, BOULMER, La trésorerie des entreprises, Dunod, 1975.
- MORIN et VARII AUCTORES, La Banque et les Groupes industriels à l'heure des nationalisations, Calmann-Lévy, 1977.
- ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES, Les groupes et groupements de Sociétés, 1968.
- PETIT-DUTAILLIS, La Banque française, éd. Ediscience, Mac Graw Hill, 1974.
- PETITPIERRE-SAUVAIN, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève, 1972.
- PINOTEAU, Les risques de la gestion des entreprises, LGDJ, 1973.
- RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1946.
- RIVES-LANGE, Rép. Dalloz, V^{is} « Banques et établissements financiers ».

IV - ARTICLES ET CHRONIQUES

- ARTZ, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens aux dirigeants sociaux, RTDco. 1975, p. 1 et s.
- AUSSÉDAT, Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation, Revue des sociétés, 1974, p. 1.

- BEAUBRUN (M.), La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif, *Rev. jur. com.*, 1980, p. 41 et s. et p. 81 et s.
- BELLENGER, L'exception de non-contrepartie, intérêt social et capacité des sociétés de commerce, *rev. soc.* 1964, p. 169.
- BODINAT (de) et MERCIER, L'analyse stratégique moderne, *rev. Harvard - L'Expansion*, n° 11, Hiver 1978-1979, p. 102.
- BOHNER, Le système allemand de protection du public contre les risques résultant des faillites de banques, in *Responsabilité professionnelle du banquier, contribution à la protection des clients de banque*, ouvr. coll. sous la direction de C. Gavalda, préf. P. Marcilhacy, *Economica*, 1978, p. 83 et s.
- BOUREL, L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonyme et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif, *RTDco.* 1960, p. 785.
- BOUTERON, La notice de dépôt reçu du public tel qu'il est interdit aux entreprises autres que les banques, coll. *Droit social*, mai 1942.
- CABRILLAC (H.), La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier, *JCP* 1941, 1, 235.
- CABRILLAC (M.), Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français. Travaux de l'association H. CAPITANT, journées de Paris et de Montpellier, T. XX, Dalloz, 1975.
- CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, *D.* 1967, *chron.*, p. 215.
- CHAVANNE, Le droit pénal des sociétés et le droit général, *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 683.
- CHESNE, L'exercice ut singuli de l'action sociale dans la société anonyme, *RTDco.*, 1962, p. 347.
- COPPENS, L'extension de la faillite au maître de la société, *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, BRUYLANT, Bruxelles, 1969.
- CORDONNIER, L'objet social, *D.* 1952, p. 171.
- CHAMBAZ, La loi du 4 mars 1943, *Rec. les Lois Nouvelles*, 1943, 1, 93.
- CHAPUT, Les sûretés négatives, *Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*, 1974, 167.
- CITOLEUX, ENCAOUA, FRANCK et HÉON, Les groupes de sociétés en 1974 : une méthode d'analyse, *Économie et Statistique*, n° 87, p. 53 et s.
- CONTIN et HOVASSE, Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes, *D.* 1971, *chron.*, p. 197 s.
- COMPARATO, Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions, *RIDC*, 1978, 791.
- COURTOIS et SION, L'intégration des résultats de certaines filiales et fiscalité des groupes de sociétés, *JCP*, 1972, éd. CI, 10646.
- DE BERMOND DE VAULX, Les comptes courants d'associés, *rev. soc.* 1971, p. 479 s.
- DELAISI, L'affaire Agache-Willot et le problème général des groupes de sociétés, *G.P.* 1975, I, p. 358.
- DELMAS-MARTY, La criminalité d'affaires, *Rev. sciences criminelles*, 1974, p. 45.
- DELVAUX et REIFFERS, Les Sociétés Holding au Grand Duché du Luxembourg, *Sirey*, 1969.
- DERRUPE, Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé, *Mél. Bastian*, T. I, 1974, p. 57.
- DIENER, Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil, in « *Dix ans de droit de l'entreprise* », Montpellier, 1978.
- DI VITTORIO, L'évolution de la responsabilité des banques, *Banque*, 1977, p. 1207 et 1353.
- DUHAMEL, L'institution en France du système des réserves obligatoires. *Banque*, 1968, p. 177 et 255.
- DU PONTAVICE, - Les notions d'intérêt indirect et d'interposition de personne dans l'article 101-2° de la loi sur les sociétés commerciales, *Bull. Féd. association Comm. Soc.* 1969, p. 14 et s.,
 - Le secret professionnel entre commissaires de sociétés d'un même groupe. *Bull. nat. C.A.C.* 1974, n° 14, p. 195,

- La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme, Mél. Bastian, Librairies Techniques, 1974, tome I,
- Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement, Bull. nat. C.A.C. 1976, 489 et s.
- ESMEIN, L'organisation et la réglementation de la profession bancaire, G.P. 1941, 2, doct. 18.
- FOURNIER, Un aménagement du système des réserves obligatoires, Banque, 1971, 325.
- GAMBIER, Abandon de créance par une société-mère en faveur de sa filiale en difficulté, Rev. jur. fiscale, déc. 1980, 491.
- GAVALDA, - Droits et devoirs des initiés dans les sociétés par actions : un exemple de collaboration entre la C.O.B. et la justice pénale, Rev. Soc. 1976, p. 589,
- Le crédit gratuit, D. 1979, chr. XLV, p. 277,
- Les crédits inter-entreprise, un exemple de financement extra-bancaire, Mél. J. BAERMANN, 1975.
- GERMAIN, L'abus du droit de majorité à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de Cassation, G.P., 26 mars 1977.
- GHESTIN, La prophétie réalisée, JCP, 1976, I, 2786.
- GOLDSMITH, Intégration et consolidation des résultats en droit fiscal comparé (à propos de la fiscalité des groupes de sociétés et des sociétés à vocation internationale), JCP, 1971, éd. CI, 10288.
- GORE, L'affaire du C.N.L. et les délits relatifs à l'administration des sociétés, JCP, 1964, I, 1855.
- GOURNAY (de), Les groupes industriels et leurs filiales, la tradition française : un fruit de la croissance externe, Le Monde, 18.10.1977.
- GRISOLI, La société d'une seule personne en droit comparé, Mél. JAUFFRET, 1974, p. 361.
- GUYON, - Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés, Rev. soc. 1979, p. 1 et s.,
- De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978, Mél. KAYSER, Aix, 1979, t. I, 483.
- HAGELSTEEN, Les relations commerciales normales entre les entreprises, Rev. Juris. fiscale, mai 1978, p. 149.
- HAMEL, La nouvelle réglementation des banques, entreprises et établissements financiers, Rec. droit commercial, 1942 ; Banques et établissements financiers, Rev. Banque, juin 1947.
- HERZOG, Les responsabilités pénales encourues par les administrateurs de S.A. pour abus des biens ou du crédit de la société, JCP, 1966, CI, 2032.
- HEYMANN, La notion d'abus de droit et la censure judiciaire de la gestion des sociétés commerciales. G.P. 1965, I, Doct., p. 25,
- La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés. G.P. 1971, I, Doct., p. 76.
- JAUFFRET-SPINOSI, Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, Rev. Soc. 1979, p. 25 et s.
- JEANTIN, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, D. 1978, 173.
- LACHAT, La filialisation des services, Rev. soc. 1977, p. 43.
- LACOSTE, Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot, JCP 1975, CI I 1855.
- LANGLADE, Le pouvoir de fournir des sûretés dans les S.A., RTDco. 1979, 355 et s.
- LEAUTE, La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, JCP 1973, I, 2551.
- LEFEBVRE (R. et J.), Les aspects juridiques du Commissariat aux comptes, éd. Francis Lefebvre, 1970.
- MAROIS, Groupes à dominante industrielle et commerciale et banques de groupe, Rev. Banque, 1978, p. 1242 et s.
- MARTEL, L'article 99 ou l'injure des lois, G.P., 4 janvier 1979.
- MOUSSA, Les banques d'affaires, pourquoi faire ? Rev. des deux Mondes, oct. 1976, 45.
- OPPETIT, La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, JCP 1970, I, 2361.

- OPPETIT et SAYAG, Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, *Rev. soc.* 1973, p. 577.
- PAILLUSSEAU, Faut-il en France un droit des groupes ?, *JCP*, 1971, éd. CI, II, 10173.
- PAILLUSSEAU et CONTIN, Les entreprises en difficulté, *Rev. jur. com.*, numéro spécial de sept.-oct. 1976.
- PENNERA, Les sociétés-relais et l'évasion fiscale internationale, *JCP* 1974, éd. CI, 11315.
- PICARD, Les actes anormaux de gestion, *Revue de jurisprudence fiscale*, sept.-oct. 1979, p. 276.
- PINOTEAU, De la notion d'acte contraire à l'intérêt social dans le délit d'abus des biens ou du crédit de la société, *GP* 1952, I, Doctr. 17.
- RENARD, Le rapport MAYOUX sur la décentralisation bancaire, *Le Monde*, 10 avril 1979.
- ROBIN, La responsabilité pénale des dirigeants de fait, *rec. droit pénal*, 1967, I.
- RODIÈRE, Réflexion sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés Européennes concernant les groupes de sociétés, *DS* 1977, chron. p. 137.
- ROURE (P. du), Rapport général de synthèse, Conférence générale des tribunaux de commerce, Versailles, 21.11.1980.
- SCHMIDT, Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle, *D.* 1972, chron. 223.
- SINAY, Vers un droit des groupes de sociétés, l'initiative allemande et le Marché commun, *G.P.* 1967, I, Doctr., p. 70.
- SOUSI, - Un délit souvent inadapté : l'abus des biens et du crédit de la société, *RTDco.* 1972, 304,
 - Intérêt du groupe et intérêt social (réflexions à propos d'un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 16 mai 1974 dans l'affaire Willot-Saint-Frères), *JCP*, 1975, CI, 11816.
- SORTAIS, - La société unipersonnelle, *Mél. BASTIAN*, tome I, 1974, p. 325,
 - A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés, *Rev. Juris. Com.* 1977, p. 210.
- STOUFFLET, - L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? *JCP* 1965, doct., 1882,
 - Le monopole des banques quant à la réception des fonds en dépôt, in « Études de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC », 1968, p. 441.
- TERRAY, La lettre de confort, *Rev. Banque*, 1980, 329.
- TERRE, - A propos des fonds reçus du public, *Économie et Comptabilité*, mars 1975, p. 19 et s.,
 - Le secret professionnel du commissaire aux comptes, *Économie et Comptabilité*, 1973, n° 104, p. 17 et s.
- TROCHU, JEANTIN, LANGE, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, *D.* 1975, chr. 2, p. 7.
- VANNOISE (de), Étude économique et financière de 18 groupes industriels français en 1972, *Économie et Statistique*, mars 1977.
- VASSEUR, - Délai préfix, délai de prescription et délai de procédure, *RTD Civil*, 1950, p. 439 et s.,
 - La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976, *Banque*, 1976, p. 367,
 - Après l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1978 : le point sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté et sur celle de ses dirigeants, *Banque*, 1978, 955.
- VERDIER, - L'abus de mandat social, in « Le droit pénal spécial des sociétés anonymes », *ouvr. coll. sous la direction de J. HAMEL*, Dalloz, 1955,
- (auteur inconnu) - L'acte de gestion normal ou anormal, *Bull. doc. pratique F. Lefebvre*, 1970, p. 585,
 - Les prêts sans intérêt consentis par une entreprise, *Revue fiduciaire*, mai 1971, n° 516.

V - PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

- A.C. : Req. 13 mai 1929, DP, 1930, I, p. 128.
- ALAPHILIPPE : Civ. 13 février 1979, D. 1981, 205.
- A.P.S. : Paris, 26 mars 1966, G.P. 1966, I, 400.
- AUTESSERRE : Trib. Correct. Seine, 11 mai 1955, Rev. Soc. 1956, p. 42.
- BALENSI : com. 10 juillet 1978, Rev. soc. 1979, 848,
com. 14 mars 1979, Rev. soc. 1980, 304.
- BASTIAN : - Civ. 28 juin 1943, JCP 1944, II, 2516.
- Civ. 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3518.
- Trib. Correct. de la Seine, 9 janvier 1952, JCP 1952, II, 6970.
- Trib. Correct. de la Seine, 11 mai 1955, JCP, 1955, II, 8973.
- Com. 18 avril 1961, JCP, 1961, II, 12164.
- BERNARD : - Montpellier, 20 novembre 1963, JCP, 1964, II, 13596.
- T.G.I. Compiègne, 22 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14279.
- Com. 17 oct. 1967, JCP 1968, II, 15412.
- Com. 16 oct. 1972, JCP 1973, II, 17532.
- BIGOT : Paris, 23 janvier 1974, Rev. Juris. com., 1974, 35.
- BONASSIES : Tribunal correct. Seine, 14 nov. 1958, Rev. soc. 1961, 70.
- BOULOC : - Crim. 16 févr. 1971, Rev. soc. 1971, p. 418.
- Crim. 24 avril 1971, Rev. soc. 1971, p. 608.
- Crim. 15 mars 1972, Rev. soc. 1973, p. 357.
- Crim. 25 nov. 1975, Rev. soc. 1976, p. 660.
- Crim. 7 janv. 1976, G.P. 1976, p. 412.
- BOUSQUET : - Cass. 22 avril 1976, D. 1977, 4.
- Com. 31 mars 1978, JCP 1979, 2, 19119.
- Civ. 30 janvier 1981, D. 1981, I.R., 34.
- BRUNET : Paris, 5 février 1979, Rev. jur. com. 1979, p. 226.
- CABRILLAC (H.) : - J.C.P. 1949, II, 5106.
- T. corr. Nice, 9 juin 1958, J.C.P. 1959, 10953.
- CABRILLAC et BECQUE : CE 12 juillet 1955, RTDco. 1956, obs. p. 92.
- CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE : - Obs. RTDco. 1970, p. 754.
- Obs. RTDco. 1971, p. 405.
- Com. 19 mars 1974, RTDco. 1975, p. 138,
n° 11.
- Com. 7 janvier 1976, RTDco. 1976, p. 171.
- Obs. RTDco. 1979, p. 297.
- CALAIS-AULOY : Aix-en-Provence, 18 juin 1975, Rev. Juris. Com. 1976, p. 95.
- CHARTIER : - com. 25 mars 1974, JCP 1974, II, 17853.
- com. 21 oct. 1974, Rev. juris. com. 1975, p. 387.
- com. 24 février 1976, Rev. soc. 1977, p. 88.
- com. 10 mars 1976, JCP 1977, 18566.
- Paris, 12 janvier 1977, JCP 1978, I, 18823.
- com. 15 déc. 1977, Rev. soc. 1978, p. 725.
- DALSACE : - Paris, 18 février 1959, S. 1959, juris., 134.
- Paris, 4 mai 1960, D. 1960, 637.
- Paris, 24 oct. 1960, D. 1961, 97.
- Amiens, 1^{er} déc. 1966, D. 1967, p. 234.
- Com. 23 mai 1967, D. 1968, 173.
- DE FONTBRESSIEU : Paris, 7 janvier 1977 et 11 décembre 1978, Rev. Juris. Com. 1979, 268.
- DELMAS-MARSALET : - CE 6 février 1970, Droit fiscal, 1970, com. 536.
- CE 10 janvier 1973, Droit fiscal, 1974, com. 223.
- DELMAS-MARTY : Crim. 25 nov. 1975, JCP 1976, II, 18476.
- DERRIDA : Paris, 8 nov. 1979, D.S. 1980, 285.

- DERRIDA et SORTAIS : - Com. 7 janvier 1976, D. 1976, 277.
 - Com. 31 mars 1978, D. 1978, 646.
 - Com. 7 mai 1979, D.S. 1979, 431.
 - Com. 25 mai 1981, D. 1981, 643.
- DU PONTAVICE : - Bull. féd. assoc. Com. Soc. 1970, n° 21, p. 79 et 80.
 - Bull. féd. assoc. Com. Soc. 1970, n° 22, p. 107.
 - Bull. C.A.C. 1972, n° 7, p. 392 s.
 - T. Com. Paris, 14 mai 1973, Rev. soc. 74, p. 71.
 - Bull. C.A.C. 1972, n° 7, p. 392 et s.
- DUFOUR : Conclusions, CE 29 mai 1970, Droit fiscal, 1971, n° 26, com. 954.
- GAVALDA : - Crim. 8 avril 1967, JCP 1967, II, 15248.
 - Crim. 30 janvier 1969, JCP, II, 16310.
 - CE 13 mars 1970, JCP 1970, II, 16417.
 - TGI Paris 13 avril 1970, D. 1971, 8258.
 - Aix-en-Provence, 2 juillet 1970, JCP 1971, II, 16686.
 - Com. 7 janvier 1976, JCP 1976, II, 18327.
- GRUA : Com. 7 oct. 1974, JCP 1975, I, 18129.
- GUILBERTEAU : - Chambéry, 22 nov. 1976, Rev. soc. 1977, p. 259.
 - Com. 21 avril 1977, Rev. soc. 1978, p. 252.
- GUYON : Com. 12 nov. 1969, JCP 1970, II, 16264.
 Com. 29 mai 1972, JCP 1973, I, 17337.
- HONORAT : - Crim. 25 nov. 1975, D. 1976, 224.
 - Com. 7 janvier 1976, Rev. soc. 1976, 126.
 - Com. 5 janvier 1977, D. 77, I.R. 165.
 - Com. 24 janvier 1978, Rev. soc. 1978, 298.
 - Com. 14 février 1978, D.S. 1978, I.R., 443.
 - Com. 31 mars 1978, Rev. soc. 1980, 814.
- HOUIN : - Com. 18 avril 1961, gds arrêts juris., com. p. 231 ; R.T.D.co., 1962, 130.
 - Paris, 11 mai 1964, R.T.D.co., 1964, 832.
 - Paris, 6 janvier 1966, R.T.D.co. 1966, 1098 et 1089.
 - Paris, 26 mars 1966, R.T.D.co. 1966, 349.
 - Rouen, 17 mars 1969, R.T.D.co. 1970, 727.
 - Aix-en-Provence, 24 octobre 1969, R.T.D.co. 1970, p. 506 s.
 - Com. 13 décembre 1969, R.T.D.co. 1970, 780, 738.
 - Com. 15 mars 1972, R.T.D.co. 1973, 574.
 - Colmar, 21 mars 1972, R.T.D.co. 1973, 357.
 - Com. 29 mai 1972, R.T.D.co. 1973, 574.
 - Com. 9 mai 1973, R.T.D.co. 1973, 574.
- J.A. Com. 13 décembre 1976, D. 1977, p. 375.
- J.M. Crim. 16 janvier 1964, D. 1964, 194.
- J.H. Rouen, 17 mars 1970, Rev. soc. 1971, 59.
- J.R. Colmar, 4 février 1960, JCP 1960, II, 11833.
- LARGUIER : Bordeaux, 24 mars 1964, JCP 1964, 13648.
- LECOMPTE : Montpellier, 28 novembre 1963, J. Soc. 1964, 72.
- LE GUIDEC : Paris, 11 mai 1978, Rev. Jur. Com. 1979, n° 873.
- LEMOINE : Concl. sous civ. 28 janvier 1954, JCP 1954, II, 7978.
- LEROY : T. Correct. Seine, 30 juillet 1947, JCP 1948, II, 4389.
- LOBRY : Concl. sous CE 7 février 1979, Req. 8475, Droit fiscal 1980, I, 150.
- LUCAS de LEYSSAC : - Aix, 10 avril 1974, JCP 1976, II, 18274.
 - Com. 24 février 1976, JCP 1976, II, 18506.
- MASSIN : Com. 16 janvier 1974, Rev. Jur. Com., 1974, p. 95.
- MARTIN : - CE 13 décembre 1963, Droit fiscal, 1966, n° 25 bis, com. 235.
 - T. Com. Nice, 21 avril 1971, Banque, 1971, p. 923.
 - Dijon, 19 juin 1974, Banque, 1975, p. 646.
 - Com. 4 octobre 1976, Banque, 1977, p. 346.

- MARTIN-LAPRADE : Concl. sous CE Plén. 30 avril 1980, Req. 16253, Rev. jur. fiscale, 1980, 246, n° 467.
- MAYER : Crim. 27 juin 1972, JCP 1973, II, 17335.
- MAZEAUD : Montpellier, 28 nov. 1963, D. 1964, p. 483.
- MEHL : Concl. - sous CE 23 février 1966, Droit fiscal, 1966, n° 98.
- sous CE 29 mai 1970, Droit fiscal, 1971, com. 954.
- MERLE : - Com. 12 janvier 1976, Rev. soc. 1976, 33.
- Com. 22 avril 1976, Rev. Juris. Com. 1977, 93.
- M.G. : - Com. 10 février 1969, Rev. soc. 1970, 102.
- Com. 23 avril 1969, Rev. soc. 1970, 115.
- MOULY : Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. soc. 1980, p. 737.
- M.P. : Angers, 13 juillet 1956, JCP 1956, II, 9514.
- OPPETIT : Com. 21 janvier 1970, JCP 1970, II, 16541.
- PAILLUSSEAU et CONTIN : Rennes, 23 février 1968, JCP 1969, II, 16122.
- PLAISANT : Cass. 14 décembre 1944, S. 1946, I, p. 105.
- POUSSIÈRE : Concl. sous CE 7 novembre 1963, Droit fiscal, 1964, n° 12.
- RADOUANT : Paris, 23 juillet 1937, D.P. 1939, 2, 81.
- R.D.M. : - Crim. 10 novembre 1964, JCP 1965, II, 14146.
- Com. 9 novembre 1966, JCP 1967, II, 15250.
- RIEG : T. Civ. Seine, 27 novembre 1962, JCP 1963, II, 13305.
- ROBERT : Com. 6 octobre 1953, S. 1954, I, 149.
- RODIÈRE : Paris, 22 mai 1965, R.T.D.co. 1965, 619.
- ROUSSEAU : - Paris, 10 novembre 1922, S. 1923, 2, 129.
- Cass. req. 20 novembre 1922, S. 1926, I, 305.
- Cass. 5 juillet 1933, S. 1935, I, 89.
- SCHMIDT : - Paris, 25 janvier 1972, Rev. soc. 1972, p. 688.
- Com. 22 avril 1976, Rev. soc. 1976, 479.
- Com. 6 décembre 1977, Rev. soc. 1979, 373.
- Com. 30 mai 1980, Rev. soc. 1981, 311.
- SORTAIS : Com. 19 mars 1974, D. 1975, 124.
- THALLER : - Civ. 29 octobre 1894, D. 1896, I, 145.
- Req. 5 novembre 1900, D. 1902, I, 5.
- Civ. 26 novembre 1912, D. 1913, I, 377.
- TOUFFAIT et HERZOG : Paris, 30 juin 1961, D. 1962, 353.
- VASSEUR : - Paris, 6 janvier 1977, D. 1977, 144.
- Aix-en-Provence, 21 mars 1977, D. 1978, I.R. 420.
- Paris, 3 mars 1978, D. 1978, I.R. 420.
- VOIRIN : T. Civ. Senlis, 26 juin 1946, D. 1948.
- XUAN CHANH : Paris, 19 juin 1978, Rev. Jur. Com., 1979, p. 257.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes du texte

A

ABUS

- biens sociaux (des) : 224, 320 et s.
- but personnel : 324.
- état de nécessité : 327 et s.
- critère du risque de perte : 321 et s., 335 et s.
- volonté de s'avantager : 329 et s.
- confiance (de) : 320.
- majorité (de) : 294 et s.
 - preuve : 313 et s.
 - relations de groupe : 296 et s.
 - sanctions : 318 et s.

ACTION A DIVIDENDE PRIORITAIRE

291, 300.

ACTION EN COMBLEMENT

368 et s.

ACTION EN JUSTICE

- associés (des) :
 - collective : exercée par - l'organe de gestion : 152 et s. - un actionnaire ut singuli : 272 et s. - le syndic : 336.
 - individuelle : 150, 191, 224, 268 et s.
- créanciers (des) :
 - civile : 335
 - collective : 365, 366, 368 et s., 376
 - concours des actions individuelle et collective : 365
 - individuelle : 365.

APPARENCE DE SOLVABILITÉ

383 et s.

ASSOCIATION FRANÇAISE DE BANQUES

AVANCE (et prêt)

- à moins de deux ans : 32.
- en compte courant :
 - monopole bancaire de réception des fonds publics : 35.
 - domaine de la procédure de contrôle : 245 et s.
- en vue de l'acquisition par une société de ses propres actions : 326, ad. notam.
- interdits : 122 et s., 202 et s.
- interentreprises : 12.
- intergroupe : 13.
- réglementés : 74 (réglementation du crédit); 208 et s. (art. 101 et s.).

AVEU (DES LIENS DE GROUPE)

370, ad. notam.

B

BANQUE

- groupe (de) : 15, 72 et s.
- principe de séparation entre - et négociant : 23.
- responsabilité : 379.

BÉNÉFICE

- (distribution déguisée : 408 et s.).
- présomption générale de l'art. 109-1^o CGI à l'égard d'un emprunteur non associé : 409 et s.
- présomption spéciale de l'art. 111a CGI à l'égard d'un emprunteur associé : 415 et s.

C

CAPACITÉ DE LA SOCIÉTÉ

142, 144.

CAPITAL SOCIAL

- *démultiplication du pouvoir* : 1.
- *fonds non publics au sens de la réglementation des dépôts* : 44.
- *irréalité* : 7.
- *perte de la moitié du capital social* : 11 *ad notam*.
- *souscription* : 7.

CAUTIONNEMENT

11, 228.

CESSATION DES PAIEMENTS

31 *ad notam*., 360, 379 *ad notam*.

COMITÉ D'ORGANISATION PROFESSIONNELLE DES BANQUES

40, 45, 47, 52, 62, 95.

COMMISSAIRES AUX COMPTES

220, 227, 314.

- *rapport spécial* : 284 *et s.*, 313 *ad notam*.
- *récusation* : 259 *ad notam*.
- *responsabilité* : 257.
- *secret professionnel* : 285.

COMMISSION DE CONTRÔLE DES BANQUES

54 *et s.*, 89.

- *monopole des poursuites* : 66.

COMPTE COURANT

11, 32, 35, 36, 207, 216, 232, 245 *et s.*, 421.

CONFIRMATION (de la nullité)

157 *et s.*, 279 *et s.*

CONFUSION DES PATRIMOINES

436 *et s.*

- *conditions* : 438 *et s.*
- *notion* : 437.

CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT

66, 77, 79, 83 *et s.*

CONTREPARTIE

- *minoritaire* : 303 *et s.*
- *sociale* :
 - *droit pénal* : 358.
 - *principe de spécialité légale* : 123, 131 *et s.*
 - *principe de spécialité statutaire* : 173.

CONTRÔLE

- *fonctions de - et de financement du groupe* : 181 *et s.*
- *judiciaire de l'intérêt social* : 302 *et s.*
 - *restriction dans sa mise en œuvre* : 307 *et s.*
 - *restriction dans sa portée* : 300 *et s.*, 309 *et s.*, 336 *et s.*
 - *sociétés dénuées d'intérêt commun* : 338 *et s.*
 - *sociétés liées par un intérêt de groupe* : 346 *et s.*, 390 *et s.*
- *procédure des art. 101 et s.* : 228 *et s.*
 - *domaine* : 230 *et s.*
 - *sanctions* : 257 *et s.*

CONVENTION

- *courante conclue à des conditions normales* : 231 *et s.*, 233 *et s.*
 - *interdite* : 202 *et s.*
 - *réglementée* : 228 *et s.*
- ### COUSSIN DE TRÉSORERIE
- 294.
- ### CRÉDIT COMMERCIAL
- 208 *et s.*, 213.
- ### CROISSANCE EXTERNE
- 1.

D

DÉCLARATION D'ACTIVITÉ

100 *et s.*

DÉGRAISSAGE

364.

DÉPENDANCE

- *élément de définition du groupe de subordination* : 4 *et s.*
- *financière des filiales* : 18
- *fictivité de la société* : 430 *et s.*
- *rapport de - entre activité financière et activité principale*.
 - *enregistrement de l'établissement à titre accessoire* : 93 *et s.*
 - *spécialité statutaire* : 168 *et s.*

DÉPOT

- *monopole bancaire de réception en - des fonds publics* : 32.

DIRIGEANT DE FAIT

- *définition* : 369 *et s.*
- *responsabilité* :
 - *pénale* : 328 (*abus de biens sociaux*).
 - *civile* : 366, 369 *et s.* (art. 99 L 1967).

DROIT PROPRE DE L'ACTIONNAIRE

150, 191, 269 *et s.*, 318 *ad notam*.

E

ÉGALITÉ

- *actionnaires devant le profit (des)* : 300.
- *créanciers dans la masse (des)* : 366.
- *taux d'intérêt (des)* : 11
 - *procédure de contrôle* : 239, 243, 296.
 - *théorie de l'acte de gestion anormale* : 395 *et s.*

EMPRUNT OBLIGATAIRE

186.

ÉTABLISSEMENT FINANCIER

28.

- *enregistrement à titre principal* : 85 *et s.*
- *enregistrement à titre accessoire* : 93 *et s.*

EXPERT DE MINORITÉ

314.

EXTENSION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

– légale : 420 et s.

– unité d'entreprise : 425 et s.

F**FACE A FACE**

26, 70.

FAUTE DE GESTION

292.

– acte abusif (et) : 212, 324, 358 *ad notam*.

– crédits exigés des filiales : 366 et s.

– crédits octroyés aux filiales : 374 et s.

– disposition discrétionnaire des ressources sociales : 423.

– présumée : 368 et s.

FILIALE

– définitions : 4, 57 et s., 397.

– dégraissage : v. ce mot.

– maintien artificiel en activité : 378 et s.

– solvabilité apparente : 383.

FONDS

– des pompiers : 31.

– privatisés par la loi : 44 ; par les autorités bancaires : 46 et s., 51 et s.

– propres :

– distinction entre banques et établissements financiers : 28.

– prêt participatif : 11 *ad notam*., 384 bis.

– publics : 28 et 31.

FRAUDE

217, 255, 264 et s., 278, 282.

G**GESTION ANORMALE**

– notion : 387 et s.

– preuve : 312 et s.

– sanction : 402 et s.

GRATUITÉ (du prêt ou de l'avance)

– réglementation du crédit : 76 et s.

– spécialité légale des sociétés : 116 et s., 125 et s.

GROUPE

– à gestion centralisée, décentralisée : 15, 369.

– coordination (de) : 4 *ad notam*.

– droit et de fait (de) : 4.

– droit comparé : 4.

– financier : 16, 111.

– industriel : 16, 111.

– personnel : 64.

– réalisant une intégration économique : 16, 63, 68, 111 et 112, 197, 310 et 311, 346 et s., 353 et s., 393.

– solidarité passive : 361.

– subordination (de) : 4 et 5.

– théorie du groupe économique : 51 et s., 102 et s., 353 et s.

– vertical : 179.

H**HOLDING**

– centrale : 183.

– (de) brevets : 10.

– enregistrement (établissement financier) : 70, 83, 97 et s., 107.

– "horizontale" : 183.

– notion : 27, 184.

– réglementation des dépôts : 48.

– spécialisée : 183.

– "verticale" : 183.

– vocation financière : 182 et s.

I**ILLIQUIDITÉ**31, 35, 38, 42 *ad notam*., 341 et s.**INCAPACITÉ (des sociétés)**

142 et s.

INSOLVABILITÉ31 *ad notam*.**INSUFFISANCE D'ACTIF**

31, 365, 366, 367, 368, 377, 381.

INTÉRESSÉ

– dirigeant – : 249 et s.

– vote – : 279.

INTÉRÊT

– commun : 176, 180, 289, 338 et s., 349 et s., 394.

– convention de l'art. 101 : 249 et s.

– entreprise (de l') : 298 et s.

– fictif (réintégration aux résultats) : 402 et s.

– groupe (du) : 287 et s., 346 et s., 353 et s.

– personnel : 226, 229, 249 et s., 324 et s.

– professionnel : 327.

INTERPOSITION DE PERSONNE

217 et s., 255.

J**JOUR DE BANQUE**

11 *ad notam*.

- interdits : 222 et s.
- réglementés **non autorisés** (262 et s., 267 et s.) et **frauduleux** (264 et s.).

L**LETTRÉ D'INTENTION**

17, 383.

LIQUIDITATSKONSORTIALBANK

31 *ad notam*.

O**OLIVETTI**

15.

OBJET SOCIAL

159 et s.

M**MAINTIEN ARTIFICIEL EN ACTIVITÉ**

378 et s.

MAJORITÉ

- loi de la - : 132, 140, 288.

- abus de - : v. *ce mot*.

MARCHÉ FINANCIER

186.

MARCHÉ MONÉTAIRE

26, 91.

MAUVAISE FOI

- délit d'abus des biens sociaux : 324 et s.
- transgression de la spécialité statutaire : 161, 189 et 190, 193 et s.

MINORITÉ

287.

MOBILITÉ DES CAPITAUX

11, 14, 24, 33, 36 et s., 115.

MONOPOLE

- bancaire de réception des fonds publics : 23.
- représentation (de la) :
 - des créances comprises dans la masse : 365.
 - de la société : 152 et s., 191, 224 *ad notam*., 271 et s., 366.

N**NÉGATION (du groupe de sociétés)**

418 et s.

NULLITÉ

- des actes et délibération des organes sociaux : 146 et s., 259 et s.
- des prêts et avances :
 - contraires à la spécialité **légal**e (142 et s.) et **statutaire** (188 et s.).

P**POOL DE TRÉSORERIE**

185.

PRÉSUMPTION

- abus de majorité (d') : 315.
- distribution des bénéfices (de) : 408 et s. :
 - emprunteur non associé : 409 et s.
 - emprunteur associé : 415 et s.
- responsabilité (de) : 368 et s.
- transfert de bénéfices (de) : 398 et s.

PRÊT

v. *avance*.

- participatif : 384 bis.

PRIX DE TRANSFERT

9 et 10, 210 et s.

Q**QUALITÉ POUR AGIR**

- en nullité du prêt : 152 et s., 191, 224, 271.
- en responsabilité :
 - contre les dirigeants : 292, 365, 368 et s.
 - contre les fournisseurs de crédit ; créanciers agissant individuellement (365, 383) ; syndic (376).

R**RAPPORTS D'AFFAIRES**

64, 137 et 138, 172 et s., 190, 195 et 197.

RÉGULARISATION

158 *ad notam*.

RELATIVITÉ DES CONVENTIONS

290, 418.

RISQUE

- illiquidité (d') : 31, 35, 52, 69, 341 et s.
- non-recouvrement (de) : 344 et s.

- légale : 117 et s.

- statutaire : 159 et s.

S

SOCIÉTÉ

- fictive : 426 et s., 430 et s.
- filiale : v. ce mot.
- financière : 85 et s.
- mère : 4, 57 et s., 397.
- sœur : 190.
- sommeil (en) : 434.
- tiroir (de) : 434.

SONDERPRUFER

285 ad notam.

SOUSCRIPTION

v. capital social.

SPÉCIALITÉ

- enregistrement (de l') : 79 et s.

T

TAUX D'INTÉRÊT

- base bancaire (de) : 244.
- groupe (du) : 11, 243, 396.
- marché (du) : 241 et s.

TERMAILLAGE

9.

TRÉSORERIE

291.

V

VERROUILLAGE (de la direction)

7.

TABLE DES MATIÈRES

	n ^{os}
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE Validité des opérations	22
TITRE I Prêts inter-groupe et réglementation bancaire	26
Chapitre I Conditions relatives à la réception de prêts et avances du groupe	31
Section 1 Obstacles à la réception d'un financement tirés de l'origine publique des fonds utilisés	35
§ 1 Portée limitée de la dérogation légale	38
§ 2 Portée limitée du tempérament doctrinal	41
Section 2 Liberté de la réception d'un financement par la privatisation des fonds du groupe	44
§ 1 L'extension par analogie de l'exception prévue à l'article 2 b	46
A. Fondement de l'exception	46
B. L'extension de l'exception aux actionnaires capables de suivre la gestion des fonds	47
§ 2 « L'institution » d'une exception nouvelle propre aux groupes de sociétés	51
A. Privatisation réciproque des fonds appartenant à des sociétés en rapport de filiation	53
B. Privatisation réciproque des fonds appartenant à des sociétés unies « dans leur patrimoine et leurs activités »	62
Chapitre II Conditions relatives à l'octroi de prêts et avances à l'intérieur du groupe	70
Section 1 Domaine des prêts et avances réglementés	74
§ 1 Durée des crédits réglementés	75
§ 2 Indifférence d'une rémunération	76

Section 2 Fréquence des prêts et avances et réglementation applicable	78
§ 1 Accomplissement habituel des opérations de prêts et avances visées à l'article 27-2°	79
A. Le principe de l'enregistrement en tant qu'établissement financier	84
1 - L'enregistrement à titre principal	85
2 - L'enregistrement à titre accessoire	93
B. Le régime exceptionnel de la déclaration d'activité	100
§ 2 Accomplissement occasionnel de prêts et avances de l'article 27-2°	109
Conclusion du Titre I	111
TITRE II Prêts inter-groupe et droit des sociétés	114
Sous-Titre I La spécialité du prêteur	115
Chapitre I Octroi de prêts et spécialité légale	116
Section I L'interdiction des prêts gratuits sans contrepartie	122
§ 1 La gratuité du prêt	125
§ 2 L'impossibilité d'une contrepartie	131
A. Diversité des contreparties	134
B. Réalité de la contrepartie	139
Section 2 Sanction de l'interdiction	141
§ 1 Fondement de la nullité	142
§ 2 Le régime de la nullité	145
A. L'exercice de l'action	148
1 - Les intéressés recevables à agir	148
2 - L'application de la prescription trentenaire	155
B. L'impossibilité d'une ratification par l'Assemblée	157
Chapitre II Octroi de prêts et spécialité statutaire	159
Section 1 Conditions de conformité du prêt à la spécialité statutaire	162
§ 1 Conditions de rattachement du prêt à l'objet social	162
A. L'activité de prêt doit être formellement prévue par les statuts	163
B. L'activité de prêt doit dépendre de l'activité principale	167
1 - L'exigence d'un rapport de dépendance entre le prêt et l'activité principale	168
2 - La preuve du rapport de dépendance entre le prêt et l'activité principale	172
§ 2 Mise en œuvre des conditions de rattachement dans les groupes	176

A. L'octroi de prêts et avances entre unités économiquement interdépendantes	177
1 - La situation singulière des groupes verticaux	178
2 - Les avances au service de l'intérêt commun des sociétés de groupe	180
B. La connexion des fonctions de contrôle et de financement du groupe	181
1 - Le principe d'une vocation financière des sociétés dominantes	182
2 - Les manifestations de la vocation financière des sociétés dominantes	185
Section 2 Sanctions de la transgression de la spécialité statutaire	187
§ 1 Les demandeurs en nullité	191
§ 2 L'exercice de l'action en nullité	192
A. La démonstration de la mauvaise foi de la société emprunteuse	193
B. La ratification des associés	196
Conclusion du Sous-Titre I	197
Sous-Titre II La personnalité de l'emprunteur	199
Chapitre I Les prêts et avances interdits	202
Section 1 Domaine de l'interdiction	206
§ 1 Exigence d'une véritable relation de prêt	207
A. Licéité du crédit commercial	208
B. Le problème posé par le procédé dit des « prix de transfert »	210
§ 2 Exigence de la qualité d'associé de l'emprunteur	214
A. Considération de la qualité d'associé au moment du prêt	215
B. La considération de la qualité d'associé au stade du bénéficiaire final du prêt	217
1 - Cas d'interposition d'un emprunteur fictif	218
2 - La preuve d'une interposition de personne	220
Section 2 Sanction de l'interdiction	222
Conclusion du Chapitre I	227
Chapitre II Les prêts et avances réglementés	228
Section 1 Domaine de la procédure de contrôle	230
§ 1 La difficile réunion des conditions de l'exemption	231
A. Opérations réalisées en dehors de relations de compte courant	233

1 - Le caractère courant de l'opération s'apprécie dans le cadre de la société isolée	235
2 - Le caractère normal des conditions peut s'apprécier par rapport aux «conditions de groupe»	237
a) <i>L'inadaptation du critère des taux du marché</i>	241
b) <i>Le critère des taux en usage dans les groupes</i>	243
B. Opérations réalisées dans le cadre d'une convention de compte courant	245
§ 2 L'extrême extension de la notion d'intérêt à la convention	249
A. Rapports organiques liant directement les sociétés cocontractantes	251
B. L'intérêt indirect des dirigeants sociaux dans la société cocontractante	252
C. L'interposition de personne	255
Section 2 Sanctions de la procédure de contrôle	257
§ 1 Cas d'ouverture de l'action en nullité	258
A. Indifférence de la décision de l'Assemblée	259
B. Le défaut d'autorisation du Conseil	262
C. La fraude	264
§ 2 Régime de la nullité pour défaut d'autorisation	267
A. Les demandeurs à l'action en nullité	268
B. Les obstacles à l'exercice de l'action	274
Conclusion du Chapitre II	283
DEUXIÈME PARTIE Responsabilité des opérateurs	286
TITRE I La protection des actionnaires externes	291
Chapitre I Prêts inter-groupe et abus de majorité	294
Section 1 L'abus de majorité dans les relations du groupe	296
§ 1 Les systèmes doctrinaux	297
A. L'abus de majorité en tant que violations de l'intérêt propre de l'entreprise	298
B. L'abus de majorité en tant que rupture d'égalité entre les actionnaires	300
§ 2 La solution proposée	305
A. Restriction du contrôle judiciaire dans sa mise en œuvre	307
B. Restriction du contrôle judiciaire dans sa portée	309
Section 2 La preuve de l'abus de majorité	313
Section 3 Sanctions de l'abus de majorité	318

Chapitre II Prêts inter-groupe et abus des biens sociaux	320
Section 1 Le but personnel	324
§ 1 L'existence d'un avantage du dirigeant	326
§ 2 La volonté de s'avantager du dirigeant	329
Section 2 Le risque anormal de perte	335
§ 1 Le risque apprécié dans les rapports de sociétés dénuées d'intérêt commun	338
A. Le risque d'illiquidité	341
B. Le risque de non-recouvrement	344
§ 2 Le risque apprécié dans les rapports de sociétés liées par un intérêt de groupe	346
A. La communauté d'intérêts entre les parties au rapport de financement	349
B. La référence autonome à l'intérêt du groupe	353
TITRE II La protection des créanciers sociaux	359
Chapitre I La réparation du préjudice causé par les prêts et avances inter-groupe	361
Section 1 La responsabilité de la société dominante	362
§ 1 Les crédits exigés des filiales	364
A. L'action en responsabilité «de droit commun»	365
B. L'action en comblement et la «police» des prêts inter-groupe	368
§ 2 Les crédits octroyés aux filiales	374
A. Les crédits octroyés maintiennent artificiellement en activité la filiale bénéficiaire	378
1 - La faute	378
2 - Le dommage	381
3 - Le lien de causalité	382
B. Les crédits octroyés donnent une apparence de solvabilité à la filiale bénéficiaire	383
Section 2 La reconstitution des résultats par le fisc	385
§ 1 L'inopposabilité du transfert de bénéfices	387
A. Notion de gestion anormale	387
B. Preuve de l'avantage anormal	392
1 - La solution de principe	393
a) La charge de la preuve	393
b) L'objet de la preuve	394
2 - La présomption légale de transfert de bénéfices	398
C. La sanction des prêts et avances relevant d'une gestion anormale	402
1 - Le bien fondé de la réintégration d'un intérêt fictif	403
2 - La mesure de la réintégration	407

§ 2	L'imposition distincte de la société emprunteuse	408
	A. La présomption générale de l'article 109-1 ^o pesant sur l'emprunteur non associé	409
	1 - Exigence d'un prêt effectué à l'aide des bénéfices de l'exercice	410
	2 - Indifférence de la qualité d'associé de l'emprunteur	412
	B. La présomption spéciale de l'article 111-a pesant sur l'emprunteur associé	415
Chapitre II	La négation du groupe de sociétés	418
Section 1	La gestion centralisée des fonds et l'extension légale	420
Section 2	La gestion centralisée des fonds et l'unité d'entreprise formée par le groupe	425
§ 1	Prêts inter-groupe et fictivité	430
	A. La totale dépendance financière de la société	432
	B. Les « sociétés » de financement	434
§ 2	Prêts inter-groupe et confusion patrimoniale	436
	A. Notion de confusion des patrimoines	437
	B. Conditions d'une confusion des patrimoines	438
Conclusion du Titre II		442
Conclusion générale		443

ANNEXE

Instruction du Comité d'organisation professionnelle des banques du 7 octobre 1941	333
A. Opérations d'intermédiaires	334
B. Opérations de crédit ou d'escompte avec des fonds non reçus du public	335
C. L'article 27-2 ^o ne régit aucune entreprise ou personne en dehors de celles qui sont ci-dessus indiquées	336

BIBLIOGRAPHIE

I - Traités, ouvrages généraux et manuels	339
II - Thèses	340
III - Ouvrages spéciaux et monographies	340
IV - Articles et chroniques	341
V - Principales notes de jurisprudence	345
Observations et Conclusions	
Index alphabétique	349
Table des matières	355